

Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf

Betrachtung eines Arbeitskämpfungsmittels zwischen Tarifkonflikt und
gewerkschaftlicher Interessenaggregation

Dissertation

zu Erlangung des akademischen Grades
Doktor der Rechte (dr. jur.)

Eingereicht bei der juristischen Fakultät
der Humboldt-Universität zu Berlin

von

Lino Agbalaka

Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin: Prof. Dr. Jan-Hendrik Olbertz
Dekan der rechtswissenschaftlichen Fakultät
Prof. Dr. Christian Waldhoff

Gutachter:
Prof. Dr. Henner Wolter
Prof. Dr. Reinhard Singer
Tag der Verteidigung: 16.12.2014

Inhaltsübersicht

Erster Teil:

Typologie und Hintergrund von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf

Kap. 1	Einleitung	3
Kap. 2	Typologie und Hintergrund der Aktionsform	7
Kap. 3	Das Umfeld des Arbeitskampfes und seine rechtliche Bewertung	21

Zweiter Teil:

Flashmob-Aktionen in Literatur und Rechtsprechung

Kap. 4	Entscheidung des BAG vom 22.09.2009	31
Kap. 5	Flashmob-Aktionen und Koalitionsfreiheit	39
Kap. 6	Eingriffe in Eigentum und Besitz durch Flashmob-Aktionen	69
Kap. 7	Flashmob-Aktionen als Eingriffe in das Recht am Gewerbebetrieb	79
Kap. 8	Weitere Flashmob-Konstellationen und ihre rechtliche Bewertung	93
Kap. 9	Flashmob-Aktionen im Arbeitsgerichtsprozess	103
Kap. 10	Flashmob-Aktionen und die Arbeitskampfrechtsprechung der EU	111
Kap. 11	Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	117
	Literaturverzeichnis	159
	Zitierte Entscheidungen	166

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	IX
-------------------	----

Erster Teil:

Typologie und Hintergrund von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf

Kap. 1	Einleitung	3
Kap. 2	Typologie und Hintergrund der Aktionsform	7
I.	Begriff des Arbeitskampfes	7
1.	Beitrag von Legislative und Judikative	7
2.	Beitrag der Literatur	8
II.	Begriff des Flashmob	9
1.	Semantischer Hintergrund des Flashmob	10
2.	Flashmob, Szenen und Identität	10
3.	Flashmob im Arbeitskampf als „Schwarm“?	12
4.	Gewerkschaftliches Organizing als Kontext atypischer Arbeitskampfmittel	17
III.	Typologie: Fazit	18
Kap. 3	Das Umfeld des Arbeitskampfes und seine rechtliche Bewertung	21
I.	Flashmob-Aktionen als Reaktion auf den Strukturwandel der Arbeitsmärkte und Betriebe	21
1.	Veränderte Arbeitsbedingungen als Erklärungsansatz für Flashmob-Aktionen	22
2.	Strukturelle Disparitäten und aktuelle Arbeitskampfrechtsprechung	23
3.	Nachteile für das Gemeinwohl durch Flashmob-Aktionen?	25
II.	Das Umfeld des Arbeitskampfes: Fazit	27

Zweiter Teil:

Flashmob-Aktionen in Literatur und Rechtsprechung

Kap. 4	Entscheidung des BAG vom 22.09.2009	31
I.	Sachverhalt	31
II.	Anträge	31
III.	Entscheidungsgründe des BAG	32
IV.	Rezeption des Urteils in Literatur und Wissenschaft	33
1.	Kritik	33
2.	Zustimmung	36

V.	Die Entscheidung des BAG vom 22.09.2009: Übersicht und Schlüsse	36
VI.	Die Entscheidung des BVerfG vom 26.03.2014	36
Kap. 5	Flashmob-Aktionen und Koalitionsfreiheit	39
I.	Reichweite und Inhalte der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 III GG	39
1.	Funktionstüchtigkeit der Tarifaautonomie und Koalitionsbetätigungsfreiheit	39
2.	Historische Grundlage	40
3.	Struktur	41
4.	Koalitionszweck des Art. 9 III GG	48
II.	Entscheidungserhebliche Aspekte bei Flashmob-Aktionen	48
1.	Freiheit der Kampfmittelwahl aus Art. 9 III GG	49
2.	Verhältnismäßigkeit	53
3.	Parität	57
4.	Die Staatsferne des Arbeitskampfes und die Neutralität staatlicher Stellen	60
5.	Opfer der angreifenden Partei im Arbeitskampf	62
III.	Flashmob-Aktionen und Koalitionsfreiheit: Fazit	67
Kap. 6	Eingriffe in Eigentum und Besitz durch Flashmob-Aktionen	69
I.	Eigentumsbeeinträchtigungen durch den Berliner Flashmob	69
II.	Schutzbereich der Eigentumsgarantie und verfassungsrechtliche Rechtferti- gung im Arbeitskampf	70
1.	Grundrechtskollision bei Flashmob-Aktionen und Anwendbarkeit der prak- tischen Konkordanz zwischen Art. 14 I GG und Art. 9 III GG	70
2.	Wesensgehalt des Eigentums im Arbeitskampf und objektives Verständ- nis der Eigentumsgarantie	71
3.	Die Absolutheit des Eigentums im Arbeitskampfrecht	71
4.	Besitzschutz als Konsequenz aus der absoluten Sachzuordnung des Ei- gentums	73
5.	Beschränkungen des Hausrechtsgebrauchs?	73
III.	Konflikt zwischen Art. 9 III und 14 I GG bei Flashmob-Aktionen?	74
1.	Bedeutung und Gewicht der betroffenen Grundrechte	75
2.	Konkrete Betroffenheit der widerstreitenden Rechtspositionen	75
3.	Entfaltung der widerstreitenden Positionen	76
IV.	Flashmob-Aktionen im Verfassungs- und Zivilrecht: Fazit	76
Kap. 7	Flashmob-Aktionen als Eingriffe in das Recht am Gewerbebetrieb	79
I.	Grundrechtliche Stellung des Gewerbeschutzes	79
1.	Zivilrechtliche Herkunft des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	79
2.	Das Recht am Gewerbebetrieb relativ zur Eigentumsgarantie	80
3.	Gewerbeschutz gegen Flashmob-Aktionen: Fazit	81
II.	Tatbestand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs	81
1.	Betriebsbezogener Eingriff in den Betrieb	81
2.	Erhebliche Schadensgefahr und Überschreiten der Bagatellgrenze	82
3.	Übertragung der Wertungsgesichtspunkte auf Flashmob- Aktionen	83

4. Zurechenbarkeit des Eingriffs und Subsidiarität des Unternehmensrechtsschutzes	84
III. Rechtswidrigkeit und Fallgruppenbildung	85
1. Verhältnismäßigkeit	85
2. Verhältnismäßigkeit: Fazit und praktische Konkordanz	90
IV. Flashmob als Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb: Fazit	91
Kap. 8 Weitere Flashmob-Konstellationen und ihre rechtliche Bewertung	93
I. Telefonaktion zulasten einer Supermarktleitung	93
1. Arbeitskampfrechtliche Würdigung	93
2. Abwägung und Ergebnis	95
II. Geldwechselaktion in einer Bankfiliale	96
1. Arbeitskampfrechtliche Würdigung	96
2. Abwägung und Ergebnis	98
III. Verzögerungen am Flughafen	98
1. Rechtliche Würdigung	99
2. Abwägung und Ergebnis	100
IV. Besuch eines Kaffeehauses	100
1. Rechtliche Würdigung	100
2. Abwägung und Ergebnis	102
V. Flashmob-Konstellationen und ihre Bewertung: Fazit	102
Kap. 9 Flashmob-Aktionen im Arbeitsgerichtsprozess	103
I. Arbeitsgerichtliche Zuständigkeit für Fragen des Besitzschutzes im Arbeitskampf	103
II. Unterlassungsbegehren gegen Flashmobs	104
1. Vorbeugender Rechtsschutz gegen Flashmobs im Arbeitskampf	105
2. Globalanträge gegen Flashmob-Aktionen am Beispiel der Flashmob-Aktion am Berliner Ostbahnhof	106
III. Flashmob-Aktionen im Arbeitsgerichtsprozess: Fazit	109
Kap. 10 Flashmob-Aktionen und die Arbeitskampfrechtsprechung der EU	111
I. Jüngere Arbeitskampfrechtsprechung des EuGH und das Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Koalitionsrechten	111
II. Flashmob-Aktionen und der Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit in den Rechtsquellen der EU	112
III. Grundrechtsschutzgefälle zwischen unterschiedlichen Arbeitskämpfungsmitteln in der aktuellen Rechtsprechung des EGMR	113
1. Kernbereichsrechtsprechung zu Art. 11 EMRK und Gemeinwohlschutz durch den EGMR?	114
2. Würdigung der jüngsten EMGR-Rechtsprechung und Bezug auf Flashmob-Aktionen	114
Kap. 11 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	117
Literaturverzeichnis	159
Zitierte Entscheidungen	166

Vorwort

Die Arbeitsmärkte unterliegen dem ständigen Wandel. Mit ihnen wandelt sich das Betätigungsfeld von Gewerkschaften und die Austragungsorte und -modalitäten von Tarifkonflikten. So wie in den 1990er Jahren die flexibel angewandten, überraschenden Teilstreiks vor allem in der Druckindustrie die Praxis des Tarifkonfliktes erneuerten, sind zuletzt gerade im Handels- und Dienstleistungsbereich atypische Arbeitskampsansätze neben dem Streik und der Aussperrung entstanden. Sie sollen aus Gewerkschaftssicht auch für die Zukunft den „druckvollen Kampf“¹ in einem veränderten Arbeitsmarktumfeld ermöglichen, in dem die Arbeitnehmerseite im Gegensatz zu ihrem Tarifkontrahenten um eine aktive Interessenvertretung bemüht sein muss². Aus Sicht der Arbeitgeberseite entgrenzen die neuen Kampsansätze hingegen das Arbeitskampsrecht, lösen es von seinen systematischen Grundlagen und lassen eine Einbuße an Rechtssicherheit befürchten³.

Flashmob-Aktionen bezweckten im Rahmen von Arbeitskämpfen im Dienstleistungs- und Handelsbereich bislang regelmäßig Betriebsablaufstörungen iSv. Behinderungen der normalen Kundenabfertigung, somit eine relative Verschlechterung der von den betroffenen Betrieben gebotenen Dienstleistungsqualität. In dem bis dato einzigen höchstrichterlich entschiedenen Fall aus dem Jahr 2009 lehnte das BAG den vorbeugenden Unterlassungsantrag des Einzelhandelsverbandes Berlin-Brandenburg mit dem Ziel, ver.di vergleichbare Aktionen für die Zukunft zu untersagen, ab.

Eine gegen das Urteil geführte Verfassungsbeschwerde des Arbeitgeberverbandes wurde vom BVerfG hinsichtlich der geltend gemachten Verstöße gegen Rechte der Mitgliedsunternehmen des Beschwerdeführers aus Art. 12 und 14 GG nicht zur Entscheidung angenommen⁴. Hinsichtlich der gerügten Verstöße gegen eigene Rechte des Beschwerdeführers aus Art. 9 III GG, aus Art. 101 I S. 2 GG wegen der Nichtanrufung des Großen Senats durch den Ersten Senat des BAG sowie gegen Art. 9 III GG in Verbindung mit Art. 20 II S. 2 und III GG wegen der als unzulässig wahrgenommenen richterlichen Rechtsfortbildung wurde die Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen⁵. Dem Beschwerdeführer verbleibt bis zum Herbst 2014 die Möglichkeit einer Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK.

Das initiale BAG-Urteil führte zu geteilten Reaktionen in der Literatur und bietet Anlass, die in der arbeitskampfrechtlichen Praxis genutzten Wertungsmaßstäbe, insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und seine arbeitskampfrechtlichen Spezifikationen, mit einem begleitenden Blick auf die wirtschaftlichen und sozialen Belange des aktuellen Arbeitskampsgeschehens auf den rechtlichen Prüfstand zu stellen. Die vorliegende Arbeit korreliert in seiner Themensetzung zugleich weitgehend mit der knappen Begründung des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung über die Urteilsverfassungsbeschwerde und setzt ihren Schwerpunkt auf die Analyse der Arbeitskampsform im Lichte des Art. 9 III GG. Mögliche Eigentumsbeeinträchtigungen und ihre Konsequenzen werden in die Betrachtung miteinbezogen, Belange der Berufsfreiheit werden an dieser Stelle hingegen ebenso wie die das Problem der Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung im Arbeitskampsrecht nicht ausgearbeitet⁶.

¹ BVerfG 26.06.1991: BVerfGE 84, 212, 228 f.

² So bereits: BAG, 10.06.1980, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Rn. 39; vgl. Däubler/Wolter, § 21, Rn. 162.

³ Säcker, NJW 2010, S. 1115.

⁴ BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 17 f.

⁵ BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 21 f.; siehe unten: S. 36, VI.; kritisch: Lembke, NZA 2014, S. 471 f. Vgl. zu der von ihm reflektierten Möglichkeit der Begehung von Straftaten im Zusammenhang mit Flashmob-Aktionen, unten: S. 15, cc) sowie S. 16, dd).

⁶ Siehe zu letzterem Themenfeld umfassend: Engels, Verfassung und Arbeitskampsrecht- Verfassungsrechtliche Grenzen arbeitsgerichtlicher Arbeitskampsjudikatur, 2007.

Die unter Einbeziehung atypischer Arbeitskampfformen ausgetragenen Konflikte spiegeln unterschiedliche Entwicklungsgeschwindigkeiten zwischen Prozessen der betrieblichen Wertschöpfung und dem branchenbasierten Koalitionsmodell wider. Wesentliche aktuelle Entwicklungen des deutschen Arbeitsmarktgeschehens umfassen dabei neben technologischen Neuerungen in Gestalt elektronischer Kommunikations- und Steuerungssysteme vor allem das vergrößerte Gewicht des Dienstleistungssektors, die weite Verbreitung atypischer Beschäftigungsformen und einen erhöhten Anteil weiblicher Beschäftigter. Die Adaption des Tarifsystems und seiner Konfliktmechanismen an diese Veränderungen erfolgt mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung, so dass der arbeitsrechtlichen Wissenschaft, Praxis und Rechtsprechung angesichts der Zurückhaltung des Gesetzgebers seit jeher die Aufgabe der Aktualisierung des Arbeitskampfrechts zufällt⁷. Gegenstand dieser Aufgabe ist nicht die Auslegung bestehender positiver Normen oder gesetzlicher Wertungen im Verfassungs- und im einfachen Recht, sondern die richterliche Rechtsschöpfung bzw. deren wissenschaftliche Begleitung⁸.

Die Rechtsprechung im Arbeitskampfrecht ist zugleich in größerem Umfang als in anderen Rechtsgebieten zur Einbeziehung und Bewertung wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Entwicklungen berufen⁹. Das schließt bei sachnaher Betrachtung

„nicht aus, sondern im Gegenteil, das schließt ein, daß diese selbst (...) in den Normbereich fallen. Eine Verfassungsinterpretation, die im „fatalen Glauben (...)“ es gebe eine klinisch reine, unpolitische Rechtswissenschaft, ihre öffentliche politische Verantwortung verkennt¹⁰ und darauf verzichtet, die politischen Voraussetzungen und Implikationen ihrer Entscheidungen zu thematisieren und zu verarbeiten, verkennt den Wirklichkeitsbezug der Rechtssätze, deren Verfassungsmäßigkeit sie untersuchen soll.“¹¹

Die Interpretation und Anwendung von Rechtsnormen und -prinzipien wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist gerade im Bereich des Arbeitskampfrechts maßgeblich durch das „Vorverständnis“ der zuständigen Richterinnen und Richter geprägt. Dabei trifft Essers Erkenntnis zu, nach der die Interpretation von Rechtsnormen und -instituten im Allgemeinen nur aus dem Erwartungshorizont der gesellschaftlichen Gruppe der jeweiligen Rechtsanwender heraus geleistet werden kann¹². Rechtssätze beinhalten danach einen Allgemeingültigkeitsanspruch, der Rechtsanwender nach einer Interpretation streben lässt, welche nicht nur für die jeweils vorliegenden, sondern auch für zukünftige Sachverhalte sachgerechte Ergebnisse ermöglicht. In Ermangelung umfassenden Wissens über den historischen und sozialen Kontext, der die jeweils vorliegenden Rechtssätze umgibt, suchen Richter und Richterinnen regelmäßig nach einer „befriedigenden“, Interpretation, wobei das bei dieser Wertungsfrage mitentscheidende richterliche Vorverständnis zum einen von der jeweiligen fachlichen Vorbildung und dem individuellen „Judiz“, geprägt wird. Zum anderen beruht es nach Esser auf der jeweiligen Erwartung und den Aussagen der von dem Rechtssatz Betroffenen und dem dogmatisierten Rechtssystem. Dieses entwickelt sich stetig fort, so dass auch die richterliche Interpretation einer regelmäßigen Aktualisierung bedarf. Auch die zivil- und verfassungsrechtlichen Betrachtung von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf verlangt nach wertenden Betrachtungen, deren Inhalte von den Vorverständnissen der Rechtsanwender geprägt werden.

Die vorliegende Bearbeitung unternimmt daher den Versuch, die Abwägung von arbeitskampfrelevanten Grundrechtspositionen im Bewusstsein um das bestehende Spannungsfeld von Transformationsprozessen des Wirtschafts- und Arbeitsmarktgeschehens einerseits und ihrer Abbildung in Normen, Institutionen und Entscheidungen andererseits mithilfe methodisch korrekt entwickelter und

⁷ Zur initialen Ausformung des Arbeitskampfrechts durch den 1. Senat und den Großen Senat des BAG: Rüthers, S. 484, Rn. 857; vgl. auch Kittner/Zwanziger/Kittner, Rn. 134.

⁸ Engels, S. 312 ff. sowie zu den Grenzen der judikativen Gestaltungsmöglichkeiten S. 327 ff.

⁹ Vgl.: Mertens, S. 89; Brox/Rüthers, § 2, Rn. 15; Treber, S. 52.

¹⁰ Vgl. etwa zu einzelnen Entwicklungsstufen des Gemeinwohlbegriffs: Stolleis, VA 1974, S. 1, 27 f.

¹¹ Vgl.: Mertens, S. 89, 93; in diesem Sinne auch: Rüthers, S. 514, Rn. 921, sowie MüKo/Säcker, Einleitung, Rn. 91, die für eine Offenlegung der Wertungen und etwaigen rechtspolitischen Erwägungen hinter der Formung von Richterrecht plädieren, um eine kritische Überprüfung der jeweiligen Beweggründe zu ermöglichen.

¹² Vgl.: Esser, S. 139, 140, 141.

handhabbarer Gesichtspunkten zu objektivieren. Zu diesem Zweck werden neben der Vergegenwärtigung des zivil- und verfassungsrechtlichen Hintergrundes von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf Erkenntnisse aus benachbarten Sozialwissenschaften herangezogen, um der Bemessung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den betroffenen Grundrechtspositionen ein festeres Fundament zu verleihen.

Erster Teil:

**Typologie und Hintergrund von
Flashmob-Aktionen im
Arbeitskampf**

Kap. 1 Einleitung

Der Flashmob ist eine Aktionsform aus dem Umfeld der Aktionskunst, der Szenen und der politisch gefärbten Demonstrationskultur¹³. In den vergangenen Jahren waren im Rahmen von Tarifauseinandersetzungen vor allem im Handels- und Dienstleistungsbereich Kampfmaßnahmen zu beobachten, die mit dem Aktionstypus gemeinsame Elemente aufwiesen und juristische Auseinandersetzungen herausforderten. So urteilte das Bundesarbeitsgericht im Jahr 2009 über die Zulässigkeit von Flashmob-Aktionen als Mittel des Arbeitskampfes¹⁴ und regte dadurch nicht nur lebhaft Reaktionen in der juristischen Literatur an¹⁵, sondern setzte auch den Ausgangspunkt einer Urteilsverfassungsbeschwerde des unterlegenen Arbeitgeberverbandes¹⁶.

Ausgangspunkt des vom BAG bewerteten Konfliktes war eine Aktion am 08.12.2007 in einer Berliner Supermarktfiliale. Ver.di flankierte einen gegen die Supermarktkette Rewe geführten Streik mit einer für den Arbeitskampf atypischen Aktion: Aktionsteilnehmer kauften geringwertige Artikel in großer Zahl bzw. ließen gefüllte Einkaufswagen unter dem Vorwand, das Geld zum Bezahlen vergessen zu haben, in den Gängen stehen. Diese Störung der gewohnten Kassiertätigkeit führte zu Warteschlangen¹⁷. In seiner Revisionsentscheidung schloss sich das BAG im Wesentlichen den beiden Vorinstanzen¹⁸ an und lehnte das streitgegenständliche Unterlassungsbegehren des Arbeitgeberverbandes gegen die Flashmob-Aktion ab. Gegner wie Unterstützer der Position des Bundesarbeitsgerichts erkennen in der Entscheidung eine wichtige Fortbildung des richterrechtlich geprägten Arbeitskampfrechts¹⁹, ihr Urteil über diese Rechtsfortbildung ist, wie im Arbeitskampfrecht üblich, geteilt.

Die Einführung des neuen gewerkschaftlichen Arbeitskampfmittels Flashmob steht in engem Bezug zu neuen Strategien der Interessendurchsetzung und Mitgliedergewinnung, die unter das Stichwort „Organizing“ gefasst werden und dem Schwinden der gewerkschaftlichen Durchsetzungsfähigkeit begegnen sollen²⁰. Die Strategien stützen sich auf in Deutschland bislang nicht systematisch angewandte Methoden und weichen vom bekannten Kanon der Arbeitskampfmittel ab, wobei ein Schwerpunkt auf der Erzielung von Wahrnehmung sowohl innerhalb wie auch außerhalb der Organisationen liegt. Primäres Ziel beim Einsatz der neuen Aktionsformen ist gleichwohl der Abschluss eines für die Beschäftigten günstigen Tarifvertrages, sekundär ist jedoch auch die gewerkschaftliche Erschließung neuer Branchen, die Gewinnung neuer Mitglieder und allgemein eine Anpassung des Arbeitskampfmittelspektrums an das aktuelle Arbeitsmarktumfeld beabsichtigt.

Die zum Erreichen beider Ziele entscheidende Meinungsbildung der Öffentlichkeit zum Thema Tarifkonflikte ist auf Kanäle der massenmedialen Verbreitung angewiesen, die sich grob den Kategorien der internetgestützten und der klassischen analogen Kommunikation zuordnen lassen. Die Popularität und Relevanz internetgestützter Kanäle ist einerseits stabil, die konkreten Plattformen, Angebote

¹³ Zur Typologie siehe: S. 9, II.

¹⁴ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140.

¹⁵ Siehe etwa: Brötzmann, NJW 2010, S. 631, 638; Kersten, S. 60 ff.; Klebe, Mitbestimmung 2009, S. 58 f.; Krieger, Günther, NZA 2010, S. 20 ff.; Löwisch, NZA 2010, S. 209 ff.; Löwisch, Beck, NZA 2010, S. 857 ff.; Otto, RdA 2010, S. 857 ff.; Rehder, Deinert, Callsen, S. 10 ff.; Rieble, NZA 2008, S. 796 ff.; Rüthers, Höpfer, JZ 2010, S. 261; Säcker, NJW 2010, S. 1115 ff.; Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 440 ff.; Simon, Greßlin, BB 2010, S. 382; Lembke, NZA 2014, S. 471.

¹⁶ Vgl. zu den Beschwerdeinhalten: Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 329 ff. sowie die ablehnende Entscheidung: BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014.

¹⁷ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 141.

¹⁸ Vgl.: LArbG Berlin-Brandenburg 29.09.2008: LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 82.

¹⁹ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 440.

²⁰ Rehder, Deinert, Callsen, S. 10, 11.

und Technologien unterliegen jedoch einer relativ schnellen Entwicklung. Die wichtigsten für Arbeitskampfdarstellungen genutzten Medienkanäle der digitalen Öffentlichkeit umfassen soziale Netzwerke, unterschiedlichste Multimedia-Plattformen, zahllose Weblogs und Foren sowie die Online-Ausgaben von Printmedien. Analoge Kommunikationskanäle wie Printmedien, TV und Radio spielen daneben derzeit noch immer eine wichtige Rolle. Die Kommunikation in allen genannten massenmedialen Kanälen unterliegt der „Signalökonomie“²¹, also dem Zwang zur Verdichtung von Botschaften und Inhalten zum Zweck der Wahrnehmbarkeit neben vielfältigen Konkurrenten um Aufmerksamkeit²².

Der Arbeitskampf als öffentliches Ereignis fordert Beobachter zu einer zustimmenden oder ablehnenden Haltung heraus, die durch Rückkoppelung auf die kampfführenden Verbände für das Ergebnis von tariflichen Auseinandersetzungen regelmäßig von erheblicher Relevanz ist. Zu den medialen Rezipienten von Tarifkonflikten gehören dabei seit jeher neben der allgemeinen Bevölkerung auch beteiligte und unbeteiligte Beschäftigte, deren Wahrnehmung des Tarifkonfliktes abgesehen von der anlassbezogenen, individuellen Positionierung auch mitausschlaggebend für ihre eigene Haltung zu den kollektiven Vertretern ist. Auch Beitritte zu den Gewerkschaften und Austritte werden maßgeblich von diesem subjektiven Erleben von Tarifkonflikten beeinflusst. Über den Inhalt dieser Meinungsbildungsprozesse entscheidet das Ob und Wie der Darstellung von Tarifkonflikten, so dass sie keine von außerhalb des Konfliktes kommende Darstellung, kein externes Betrachten und Berichten über den Ereigniszusammenhang Arbeitskampf ist, sondern essentieller Teil der strategischen Vorbereitung und praktischen Führung des Tarifkonfliktes. Diese Erkenntnis ist nicht überraschend, neu sind jedoch die Ansätze, welche die Gewerkschaften in jüngerer Zeit für den Arbeitskampf und seine Wahrnehmung in ihrem Sinne nutzen²³.

Die Evolution der öffentlichen Meinungsbildung unter dem Eindruck digitaler Medien, die strukturelle Fortentwicklung der Volkswirtschaft sowie Entwicklungen in der Tariflandschaft und der Beschäftigungsstruktur verändern nicht nur die Techniken, sondern auch die Austragungsorte und -formen von Arbeitskämpfen. Rehder beschreibt eine Ausweitung der Arbeitskampftätigkeit in Branchen wie Handel und Gastronomie²⁴, deren Erschließung den Gewerkschaften in der Vergangenheit aus verschiedenen Gründen schwergefallen ist²⁵. Die neueren Arbeitskampfformen sind auch eine Reaktion auf die Eigenschaften dieses Betätigungsfeldes²⁶. Primär erfüllen Flashmob-artige Aktionen entsprechend den Zweck, das Anliegen der Beschäftigten öffentlichkeitswirksam darzustellen²⁷, dem Arbeitskampf die notwendige öffentliche Akzeptanz zu verleihen und Druck auf den Tarifgegner auszuüben. Sekundär wendet sich der Flashmob nach innen, um Durchsetzungsfähigkeit glaubhaft zu machen, was das Gewinnen neuer Mitglieder bzw. ihr Halten ermöglicht.

Der Aktionstyp Flashmob im Arbeitskampf hat bislang noch keine systematisierte rechtliche Aufarbeitung erfahren. An dieser Stelle soll deshalb zunächst ein typologischer Überblick der Aktionsform (Kap. 2) und seines Umfeldes (Kap. 3) sowie eine Darstellung des bisher einzigen einschlägigen BAG-Urteils (Kap. 4) unternommen werden. In der Folge führt der Abgleich der Aktionsform mit dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit und Gesichtspunkten der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung gegenüber Rechtspositionen des betroffenen Tarifgegners (Kap. 5) zur Prüfung einer möglichen Verletzung von Eigentumspositionen durch das Kampfmittel (Kap. 6). Dann betrachtet die Arbeit den Flashmob anhand der Tatbestandsmerkmale des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und entwickelt vier Prüfungsgesichtspunkte zur Systematisierung des Arbeitskampfmittels

²¹ Baringhorst, S. 307.

²² Vgl. zur öffentlichen Wirkung von Demonstrationstreiks: Däubler/Unterhinninghofen, § 17, Rn. 211 sowie Däubler/Wroblewski, § 17, Rn. 41.

²³ Vgl. zum Gewicht der öffentlichen Meinung für die Austragung von Tarifkonflikten bereits: Hindrichs, Mäulen, Scharf, S. 435 f.

²⁴ Rehder, Deinert, Callsen, S. 10.

²⁵ Rehder, Deinert, Callsen, S. 10

²⁶ P. Berg, S. 477.

²⁷ Vgl. im Fall des Flashmob: LArbG Berlin-Brandenburg 29.09.2008: LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 82, S. 6; zum Arbeitskampf allgemein: Kittner, Arbeitskampf, S. 1.

(Kap. 7). Zuletzt folgt eine exemplarische Prüfung von vier Flashmob-Aktionen anhand der erarbeiteten Gesichtspunkte (Kap. 8) sowie die kurze Darstellung ausgewählter arbeitgerichtlicher Fragestellungen um Flashmob-Aktionen (Kap. 9) und eine Analyse des Arbeitskampfmittels im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des EuGH und des EGMR (Kap. 10).

Kap. 2 Typologie und Hintergrund der Aktionsform

In der Vergangenheit wurden unterschiedliche Kampfmaßnahmen, vor allem in unterschiedlichen Zweigen des Handels- und Dienstleistungsgewerbes, mit dem Oberbegriff „Flashmob“ bezeichnet. Die Heterogenität dieser Lebenssachverhalte legt die Erkenntnis nahe, dass nicht von einem archetypischen Flashmob im Arbeitskampf auszugehen ist, sondern erst eine Differenzierung der beobachteten Sachverhalte, insbesondere in Abgrenzung zur Betriebsbesetzung und -blockade, eine genauere Betrachtung und rechtliche Bewertung von Flashmob-Aktionen ermöglicht. Dafür ist eine Vergegenwärtigung der Begriffe des Arbeitskampfes, des Flashmobs sowie des Organizings im Arbeitskampf notwendig.

I. Begriff des Arbeitskampfes

Der Arbeitskampf ist trotz zahlreicher Ansätze in der Literatur nicht einheitlich definiert. Das Fehlen einer allgemein akzeptierten Definition gründet mutmaßlich auch auf dem Umstand, dass die klassischen Formen des Streik und der Aussperrung für eine lange Zeit als Verkörperungen druckvoll geführter Tarifkonflikte unbestritten waren. Ein Abgrenzungsbedarf des Arbeitskampfes gegenüber Mischformen der Verbandstätigkeit, der Öffentlichkeitsarbeit und der Mitgliederwerbung einerseits und allgemeinpolitischer Stellungnahme andererseits bestand nicht im gleichen Maße wie im aktuellen Arbeitskampfumfeld. Zwar waren die genannten Aspekte auch früher neben dem Tarifabschluss schon Ziele gewerkschaftlicher Tätigkeit, gleichwohl prägt ihre Vermischung erst seit jüngerer Zeit bereits die Form der Aktion in entscheidendem Maße mit. Während ein Streik seiner grundsätzlichen Funktionsweise nach die Nichterbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung durch Arbeitnehmer darstellt und wirtschaftlichen Druck erzeugen soll, ist die Funktionsweise von neuen Mitteln wie dem Flashmob vielschichtiger und weniger eindeutig. Engels betont zu Recht, dass die typologische Eingrenzung des Arbeitskampfes gleichwohl zu großer praktischer Relevanz erwachsen kann²⁸, wie es auch bei der Frage nach Zugehörigkeit von Flashmob-Aktionen zum Schutzbereich des Art. 9 III GG zu beobachten ist²⁹.

1. Beitrag von Legislative und Judikative

Der Gesetzgeber enthält sich einer Festlegung auf bestimmte Verhaltensweisen der Koalitionen unter dem Begriff des Arbeitskampfes, was angesichts seiner bisherigen Zurückhaltung bei der Normierung des Arbeitskampfrechts nicht überrascht. Eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung zur begrifflichen Eingrenzung des Arbeitskampfes besteht ebenfalls nicht³⁰. Die beiden frühen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampf beschränken sich auf Aussagen zu Streiks gegen Arbeitgeber um eine tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen³¹ bzw. zu der Notwendigkeit von

²⁸ Zur Typologie des Arbeitskampfes und der Arbeitskampfmittel instruktiv: Engels, S. 73.

²⁹ Vgl. auch Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 333 f., die in der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zu Koalitionsbetätigungsfreiheit im Rahmen von Art. 9 III GG eine typologisch ausgerichtete, historisch geprägte Schutzbereichsinterpretation erkennen.

³⁰ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 94; Engels, S. 73 ff.

³¹ BAG 28.01.1955: BAGE 1, 291, 295 f.

Arbeitskämpfen zum Zweck der Austragung von Interessenkonflikten über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen³².

Engels deutet auf eine Annäherung einer Arbeitskampfdefinition des BAG in seinem Urteil vom 31.10.1958 an Tarifverhandlungen hin, in deren Rahmen und zu dessen Zweck Arbeitskampfmaßnahmen zu führen seien³³. Danach seien als Arbeitskampfmaßnahmen solche Handlungen zu verstehen, die den Verhandlungspartner bewusst und gewollt unter den unmittelbaren Druck eingeleiteter Arbeitskämpfe setzen und damit seine Entschließungsfreiheit beeinträchtigen. Qualifikationsmerkmal sei danach das Ersetzen des freien Handelns mit dem Zwang zum Erfüllen der Forderung des Partners oder jedenfalls zum Nachgeben³⁴.

Das BVerfG definiert den Arbeitskampf demgegenüber nicht als Einzelbegriff, bezieht sich bei seinem Verständnis der Schutzzinhalte des Art. 9 III GG vielmehr zunächst auf die Koalitionsspezifität von Handlungen des Einzelnen und der Verbände³⁵. Dieser Definitionsansatz ist nicht exklusiv auf den Arbeitskampf bezogen und verleiht dem Schutzbereich des Art. 9 III GG Weite. Eine Einbeziehung von Mischformen zwischen Arbeitskampf und anderweitiger Mobilisierung von Arbeitnehmern und auch Dritten für öffentlichkeitswirksame Aktionen erscheint daher sowohl nach der grammatikalischen Auslegung der als Jedermanngrundrecht konzipierten, weit formulierten Koalitionsfreiheit nach Art. 9 III GG als auch mit Blick auf die von BVerfG und BAG seit Langem vertretenen Arbeitskämpfungsmittelfreiheit³⁶ daher nicht ausgeschlossen³⁷.

2. Beitrag der Literatur

In der Literatur existiert kein einheitlicher Definitionsansatz zum Arbeitskampf. Nipperdey sah im Arbeitskampf

„die von den Parteien des Arbeitslebens vorgenommene Störung des Arbeitsfriedens mit kollektiven Kampfmaßnahmen, um durch Druck ein bestimmtes Ziel oder Fernziel zu erreichen“³⁸

Dieser Definitionsansatz ist am Ziel der Maßnahmen orientiert und umfasst als Parteien des Arbeitskampfes entweder einzelne Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände, auf der anderen Seite hingegen jedenfalls mehrere Arbeitnehmer in Form einer oder mehrerer Gewerkschaften, einer oder mehrerer Belegschaften oder eine unorganisierte größere Zahl an Arbeitnehmern³⁹. Er stellt weiterhin auf eine Bedrängung, Bedrohung oder Schädigung des Gegenübers ab, um auf diesen Druck auszuüben⁴⁰. Gleichzeitig wurde die Druckausübung durch direkte Schadenszufügung nach Engels auch in der Frühzeit des bundesrepublikanischen Arbeitsrechts schon nicht als notwendiges Kriterium erachtet⁴¹. Maßnahmen, die keine entsprechende Druckausübung anstreben, sind aber dennoch keine bloßen Vorbereitungshandlungen⁴². Engels sieht demgegenüber Handlungen mit dezidiert politischem Inhalt als nicht vom Arbeitskämpfungsbegriff umfasst⁴³.

³² BAG 21.04.1971: BAGE 23, 292, 306.

³³ Engels, S. 74; BAGE 6, 321, 370.

³⁴ Engels, S. 74; BAGE 6, 321, 370.

³⁵ BVerfG 04.07.1995: BVerfGE 92, 365; zu weitergehenden Kriterien, die das BVerfG im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfungsmitteln nach Art. 9 GG nutzt, siehe unten: S. 48, II.

³⁶ BVerfG 26.06.1991: BVerfGE 84, 212.

³⁷ Zur Mobilisierung von Nicht-Betriebsangehörigen bei Flashmob-Aktionen, siehe: S. 46, e).

³⁸ Hueck, Nipperdey, S. 604.

³⁹ Hueck, Nipperdey, S. 873; Engels, S. 75.

⁴⁰ Hueck, Nipperdey, S. 874.

⁴¹ Engels, S. 75.

⁴² Engels, S. 75.

⁴³ Engels, S. 75. Die seit jeher schwer zu umreißende Definition des „Politischen“ wird hier nicht weiter verfolgt.

Dieterich versteht unter Arbeitskampf im weitesten Sinne jede kollektive Maßnahme von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern, welche den sozialen Gegenspieler gezielt unter Druck setzen soll, um ihn verhandlungsbereit zu machen⁴⁴. Er räumt allerdings ein, dass eine derart weite Definition auch bloße Demonstrationen bzw. kollektiv ausgeübte arbeitsvertragliche Zurückbehaltungsrechte umfassen würde, so dass sie ebenso wie andere Definitionsversuche aus der Literatur nur wenig zur trennscharfen Betrachtung beiträgt⁴⁵.

Kittner betrachtet den Arbeitskampf nicht zuletzt auch als

„...zeitlose(s) Nullsummenspiel zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, in dem die Löhne (im weitesten Sinne) Lebensgrundlage für die einen, und Kosten für die anderen sind.“⁴⁶

Die Qualifikation des Arbeitskampfes als zeitlos trifft um so mehr zu, als Konjunktur, Inflation und Lebenshaltungskosten, welche die Kaufkraft der Löhne und Gehälter beeinflussen, einer ständigen Veränderung unterworfen sind und jeweils Zyklen unterliegen. Auch das BAG betonte in seiner Aussperrungsentscheidung vom 19.06.1980, dass es in der bisherigen bundesrepublikanischen Sozialgeschichte angesichts stetig steigender Produktivität und Preise stets die Sache der Gewerkschaften war, eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu fordern und durchzusetzen⁴⁷. Demgegenüber könne die Aktualisierung der Arbeitsbedingungen vor allem in Sachen Löhnen und Arbeitszeit nicht im unmittelbaren Interesse der Arbeitgeberseite sein⁴⁸. Beide Beobachtung können als unbestritten gelten, auch wenn sich die Interessen der Arbeitgeberseite in Spezial- und Teilmärkten durchaus anders darstellen können. Dieterichs weite Definition ist vor dem Hintergrund seiner Ablehnung eines Numerus clausus an Arbeitskampfmitteln zu sehen: Aus ihr folgt keine Festlegung auf einen feststehenden Inhalt des Arbeitskampfes, den das BVerfG wie auch das BAG im Widerspruch zu seiner ganz frühen Grundlagenentscheidungen⁴⁹ zu umgehen suchen⁵⁰.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Zuordnung neuer, auch vollkommen unorthodoxer Verhaltensweisen im Arbeitskampfkontext keine Frage der Weite des Schutzbereiches von Art. 9 III⁵¹, sondern der jeweiligen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Maßnahme. Dementsprechend ist auch die Schwierigkeit einer präzisen Definition des Arbeitskampfes unschädlich, solange die Analyse des Flashmob und die Erarbeitung von Strukturmerkmalen, welche eine zuverlässige Division der Ausprägungen der Aktionsform in rechtlich zulässige und unzulässige Formen erlauben, möglich ist. Die im Rahmen dieser Bearbeitung entwickelten Kriterien⁵² versprechen einen sachnahen Ansatz zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Flashmob-Aktionen⁵³.

II. Begriff des Flashmob

Die in der vorliegenden Bearbeitung zentrale Form des atypischen Arbeitskampfes ist die Flashmob-Aktion. Praktisch betrachtet ist ein Flashmob eine scheinbar spontan entstehende Menschenversammlung in der Öffentlichkeit. Sie wird über Internetforen, Weblogs, Newsgroups, per E-Mail oder anderweitig per Mobiltelefon organisiert und zeichnet sich durch das gleichzeitige und synchrone Verhalten der Teilnehmer aus. Die Bildung des Flashmobs erscheint für unbeteiligte Zuschauer zufällig

⁴⁴ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 94.

⁴⁵ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 94.

⁴⁶ Kittner, Arbeitskampf, S. 1.

⁴⁷ BAG 19.06.1980, I 2 a der Gründe: BAGE 33, 140, 150 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 65.

⁴⁸ BAG 19.06.1980, I 2 a der Gründe: BAGE 33, 140, 150 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 65.

⁴⁹ Beispielsweise: BAG 28.01.1955: BAGE 1, 291, 308.

⁵⁰ BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, 136.

⁵¹ Siehe zur Frage der Kampfmittelfreiheit: S. 49, Nr. 1.

⁵² Siehe: S. 87 ff.

⁵³ Zur Bewertung von Flashmob-Konstellationen anhand dieser Prüfungspunkte: S. 93, Kap. 8.

und blitzartig und endet ebenso, wobei vor, während und nach der Aktion keine verbale Kommunikation unter den Teilnehmern und zwischen den Teilnehmern und Dritten erfolgen soll. Ein klassisches Beispiel für die Aktionsform ist das synchronisierte Stillstehen der Teilnehmer auf einem belebten öffentlichen Platz für einige Sekunden. Nach Ablauf der vereinbarten Aktionsdauer verhalten sich die Teilnehmer unmittelbar wieder wie die anderen, nichteingeweihten Anwesenden und verlieren sich im Passantenstrom.

1. Semantischer Hintergrund des Flashmob

Der Begriff stammt aus dem angloamerikanischen Kulturkreis und ist eine Wortkreation aus den beiden englischen Worten „flash“ und „mob“⁵⁴. Der englische Begriff „flash“ ist ein vielseitiger Ausdruck. Als Substantiv ist er mit „Blitz“ zu übersetzen, als Verb bezeichnet er das plötzliche oder auch wiederholte Sichtbarmachen einer Information, z.B. das kurze Zeigen eines Ausweises. Weiterhin bezeichnet er als Verb das Aufleuchten eines Lichtes und auch das Zuwerfen eines Blickes. Der englische Begriff „mob“ ist ebenfalls mehrdeutig, seine Konnotation im offiziellen Sprachgebrauch divergiert von jener in der Umgangssprache. Die wohl relevanteste Bedeutung des Wortes ist „große Menschenmenge“, wobei insbesondere aufgeregte bzw. gewaltbereite Menschenmengen gemeint sind⁵⁵. Diese negative Konnotation des Begriffes ist im offiziellen Sprachgebrauch aktuell aber vor allem bei der Nutzung des Begriffes in eindeutigen Kontext beabsichtigt. Umgangssprachlich wird der ursprünglich negative Beigeschmack hingegen häufig als ironisch überzeichnende Beigabe bewusst transportiert, insbesondere wenn der Sprecher selbst Mitglied der bezeichneten Gruppe ist. Andere Bedeutungsvarianten des Wortes „mob“ sind für die Interpretation des Wortes Flashmob im Arbeitskampfkontext ohne Gewicht.

Säcker und Mohr sowie Klebe, Krieger und Günther weisen zu Recht auf die Herkunft des „mob“ aus dem Begriff der „Mobilität“ oder auch „mobility“ hin⁵⁶. In der Tat wurzelt die Bedeutung des Wortes „mob“ in dem lateinischen Wort „mobilis“. In der englischen Sprachpraxis wie auch in der Anwendung des Begriffes im Deutschen erscheint die geografisch verstandene Mobilität der so bezeichneten Menschenmenge im Gegenteil zur Ansicht Säckers und Mohrs⁵⁷ allerdings nachrangig. Zwar ist ein Mob in der aktuellen Wortbedeutung regelmäßig aktiv, er jubelt, fordert, droht oder lyncht, allerdings legt er dabei selten nennenswerte Wegstrecken zurück. Für die Entstehung des Begriffes „flashmob“ sind insbesondere die Bedeutungsgehalte der Plötzlichkeit und des Aufzeigens von Informationen des Wortes „flash“ sowie ein umgangssprachliches Verständnis des Wortes „mob“ als Menschenmenge wichtig.

2. Flashmob, Szenen und Identität

Flashmobs beinhalten nach Teilen der sozialwissenschaftlichen Literatur Elemente des Happenings, einer Handlungsform, die in der Aktionskunst wurzelt und analog zu dieser u.a. auch der Überwindung konventioneller Kunstbegriffe und -vorstellungen sowie der Suche nach neuen Darstellungsformen dienen sollte. Parallelen zwischen Happening und Flashmob sind dabei nach Bauer die Einbeziehung des Publikums, der Wechsel der Orte und die Einmaligkeit des Ereignisses⁵⁸. Trotz der teilweise angenommenen Entwicklung des Flashmobs aus der Aktionskunst sehen Teilnehmer von herkömmlichen

⁵⁴ Der Begriff „mob“ gilt als eine im Englischen seit dem 17. Jahrhundert gängige Abkürzung des lateinischen Ausdruckes „mobile vulgus“, was in etwa „erregbare Menschenmenge“ bedeutet. Der lateinische Begriff wird u.a. auf das Verb „movere“ zurückgeführt, was grob der Bedeutung der deutschen Verben „bewegen“, „erregen“ und „veranlassen“ entspricht.

⁵⁵ Vgl.: Summers, Della (Hrsg.), Longman, Dictionary of Contemporary English, 5. Auflage, 2009, S. 915 f.

⁵⁶ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 440.

⁵⁷ Vgl.: Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 440, Fn. 3.

⁵⁸ K. Bauer, S. 83.

Flashmobs diese aber üblicherweise nicht in einem künstlerischen Kontext und verfolgen auch keine formulierte ideologische Agenda. Flashmobs werden daher auch häufig als sinnfreie Kurzhappenings charakterisiert.

Dem vergleichsweise jungen Phänomen des Flashmob wird in der Soziologie mitunter eine identitätsstiftende Wirkung für Jugendliche und Erwachsene innerhalb einer sogenannten Szene zugeschrieben. Eine Szene kann dabei als Netzwerk von Publika verstanden werden, das allgemein durch die partielle Identität von Personen, Orten und Inhalten gekennzeichnet ist⁵⁹. Nach Bauer sind Szenen im Gegensatz zu Subkulturen nicht an soziale Rollen wie Herkunft oder Milieu gebunden, weisen im Gegensatz zu Peergroups auch keine homogene Altersstruktur auf, sondern konstituieren sich allein aus dem gemeinsamen Interessengebiet der Mitglieder⁶⁰. Diese gemeinsamen Interessen der Mitglieder einer Szene speisen sich danach aus Zielen und Entwürfen, die für die Akteure teilweise lebensperspektivisches Gewicht haben, teilweise aber auch nur auf den Szenealltag begrenzt bleiben⁶¹. Bauer sieht die Zugehörigkeit zu einer Szene als eher situativ, punktuell und temporär⁶² und setzt die Attraktivität der Szenenzugehörigkeit in einen inneren Zusammenhang mit der Suche vor allem Jugendlicher und jüngerer Erwachsener nach gemeinschafts- und identitätsstiftender Sicherheit⁶³. Die Existenz von Szenen im Allgemeinen sei zudem Ausdruck der Verjugendlichung in einer Gesellschaft, in der ein juveniler Konsum- und Lebensstil Leitbildfunktion ausübe⁶⁴.

a) Charakteristika des Flashmob als Aktionsform einer Szene

Im Unterschied zu anderen Szenegemeinschaften fasst Bauer die Ziele der Flashmob-Teilnehmer als wenig lebensperspektivisch auf. Die Gründe lägen in dem wenig intensiven Eingriff der Aktionsform in das Leben der Teilnehmer: Weder Szenewissen, Fertigkeiten, Ausrüstung noch Szenekontakte sind notwendig, um erfolgreich an einem Flashmob teilzunehmen. Ein Flashmob hat zudem den Charakter eines einmaligen „Events“. Da Events normalerweise nicht den einzigen Gegenstand der Szenenaktivität darstellen, sondern eine identifikationsstärkende Ausnahme, wie z.B. Wettbewerbe und Meetings in der Kletter- oder auch der Parcoursszene, fehlt der Flashmob-Szene dieses wichtige Identifikations- und Verstärkungsmoment. Der Übersichtlichkeit halber wird trotz der genannten Einschränkungen weiterhin von einer „Flashmob- Szene“ gesprochen. Flashmobs sind demnach als partikuläre Netzwerke zu verstehen, die über die kurzlebigen, ereignisbezogenen Zusammenkünfte hinaus keinen Bestand haben⁶⁵.

Die Unterschiedlichkeit zu anderen Szenegemeinschaften wird auch durch den Umstand belegt, dass die Nutzung von Internetforen durch die Flashmob- Szene untypisch oberflächlich erfolgt: Abgesehen von Diskussionen über die als nächstes zu realisierenden Aktionen wird nicht über Randthemen wie Bekleidung, Technik u.Ä. gesprochen, was in anderen Szenegemeinschaften üblicherweise einen breiten Raum einnimmt⁶⁶.

b) Zielsetzungen von Flashmob-Gemeinschaften außerhalb des Arbeitskampfes und Smartmobs

Als wesentliches Ziel von Flashmobs wird das individuelle Spaß-Erleben der Beteiligten dargestellt. Trotz der Ablehnung kommerzieller aber auch politischer Assoziationen beschreibt Bauer die Ak-

⁵⁹ Schulze, S. 464.

⁶⁰ K. Bauer, S. 61.

⁶¹ Hitzler, Bucher, Niederbacher, S. 223.

⁶² K. Bauer, S. 61.

⁶³ K. Bauer, S. 185.

⁶⁴ K. Bauer, S. 185.

⁶⁵ K. Bauer, S. 185.

⁶⁶ K. Bauer, S. 142.

tionsform als Zelebrieren eines anarchischen Ausnahmezustandes, bei dem Teilnehmer versuchen, gesellschaftlich bestimmte, normative Strukturen aufzulösen und spontane ungeplante Ereignisse zu erzeugen. Das Teilen eines Geheimnisses und das exklusive Gefühl des Eingeweihtheits machen dabei einen großen Teil des Reizes aus und bilden wichtige Gründe zur Mitwirkung⁶⁷.

Als Variante des Flashmobs gilt der Smartmob, bei dem ein politischer Anspruch der Teilnehmer an das Ziel der Aktion besteht. Als beispielhaft werden hierfür teilweise Aktionen gegen öffentlich umstrittene Figuren aus der Politik wie den ehemaligen philippinischen Präsidenten Joseph Estrada oder den weißrussischen Politiker Alexander Lukaschenko angeführt. In erstgenanntem Fall waren per SMS kurzfristig organisierte Massendemonstrationen Mittel zum politischen Zweck, in zweitgenanntem Fall versammelten sich weißrussische Oppositionelle vor einem öffentlichen Fernseher, um gegen die einseitige Berichterstattung des weißrussischen Fernsehens und damit auch indirekt gegen die Politik des damaligen Präsidenten zu demonstrieren⁶⁸. Deutsche Beispiele für den Einsatz von Flashmobs für politische Ziele ist das orchestrierte Lärmen in verschiedenen deutschen Städten durch tausende Teilnehmer anlässlich der Debatte um die Privatisierung der Deutschen Bahn sowie das zeitgleiche Ausrufen einer Parole gegen Rechtsradikalismus vor einem als „Nazi-Laden“ bezeichneten Einzelhandelsgeschäft⁶⁹. Letztlich sind auch die im Rahmen dieser Dissertation behandelten Aktionsformen, welche die Unterstützung von Streiks mit tarifpolitischen Aussagen verknüpfen, weniger als Flashmobs, sondern eher als Smartmobs zu verstehen. Mit Rücksicht auf den etablierten Sprachgebrauch wird im Rahmen der folgenden Untersuchung dennoch von Flashmobs die Rede sein.

3. Flashmob im Arbeitskampf als „Schwarm“?

Kersten nähert sich dem Phänomen der Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf vom Begriff des „Schwarms“ aus. Er betrachtet Flashmob-Aktionen allgemein als Ausdruck menschlichen „Schwarmverhaltens“⁷⁰. Dieses zeichne sich durch ein Fehlen zentraler Steuerung bei gleichzeitiger Koordination durch elektronische Kanäle aus⁷¹ und realisiere durch diese Organisationseigenheiten Flexibilitäts- und Effizienzgewinne. Die möglichen Ziele und Motivationen von „Schwärmen“ werden dabei als überaus vielfältig dargestellt.

Den „Schwarm“ versteht Kersten im Rückgriff auf Vehlken als eine machtvolle politische Metapher, als Ausdruck eines kommunikativen Strukturwandels der Öffentlichkeit⁷². Seine Betrachtung fasst dabei eine Vielzahl von Zusammenhängen und menschlichen Verhaltensweisen unter diesen Begriff: Internetsuchmaschinen, Online-Enzyklopädien, Flash-, Smart- und Eventmobs, Massenbestellungen bei MacDonalds, „Megapartys“ (sic) sowie „Facebook-Parties“, aber auch massenhafte „raids“ in Form von Online-Bestellungen auf die Namen einzelner Ahnungsloser sind danach als Ausdrucksformen des „Schwarm“-Musters zu verstehen⁷³.

Kersten betont dabei, dass eine gedankliche Parallele zu Schwärmen im Tierreich fehlgehe, weil gängige Beschreibungen letzterer zu schematisch seien, um menschliche „Schwärme“ unter dem Einfluss der „social media“⁷⁴ treffend zu erfassen⁷⁵. Vielmehr schlägt er mit Blick auf den Einsatz von

⁶⁷ K. Bauer, S. 142.

⁶⁸ K. Bauer, S. 85.

⁶⁹ K. Bauer, S. 85.

⁷⁰ Kersten, S. 72, 73 ff.

⁷¹ Kersten, S. 73.

⁷² Kersten, S. 72, 73.

⁷³ Kersten, S. 73, 74, 75.

⁷⁴ Dem vielgestaltigen Begriff soll vorliegend in Anlehnung an Wikipedia - selbst Bestandteil des Phänomens - eine weite Definition untergelegt werden. Laut wikipedia sind die „social media“ diejenigen Medienkanäle, die ihren Nutzern gegenseitigen Austausch und Kommunikation ermöglichen, vgl.: https://de.wikipedia.org/wiki/Social_Media#cite_ref-4, zuletzt abgerufen am 6.2.2013. Zu beachten bleibt die notwendige Unschärfe des Begriffes aufgrund der dynamischen Wandlungsfähigkeit der derzeit mit ihm assoziierten Plattformen und Technologien.

Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf eine fünfteilige Definition des „Schwarm“-Verhaltens vor:

a) Definition Kerstens

Erstes Element ist eine Koordination des „Schwarms“ über Online-Kanäle und die Umsetzung von Aktionen in der realen Welt, was einen Informationsvorsprung bedinge und eine führungslose „Aktionsverdichtung“ ermögliche⁷⁶. Zweites Element ist eine Unberechenbarkeit der Teilnehmerzahl aufgrund der Vervielfältigungsmöglichkeiten elektronischer Kommunikationsmittel⁷⁷. Die dritte Komponente ist eine schnelle Wechselbewegung der beteiligten Individuen vom Individual- in Kollektivverhalten und zurück aufgrund einer „interagierende(n) Motivationsbewegung“, was das komplette Umgehen rechtlicher Regelungen ermögliche, weil diese nicht auf massenweises individuelles Parallelverhalten ausgerichtet seien. In der Konsequenz seien negative Folgen, wohl in Form rechtlicher Sanktionen, für die Mehrzahl der Beteiligten praktisch ausgeschlossen⁷⁸. Viertes Element ist nach Kersten eine anonymes, zugleich paralleles und individuell-autonomes Verhalten „ko-isolierter“ Personen, deren gegenseitige Affektion Motivation und Handlung des „Schwarms“ bedinge. Die Folge sei ein gesteigertes Eskalationspotenzial und ein Operieren der „Schwärme“ an der Grenze zum Chaos sowie die daraus resultierende Unmöglichkeit einer zielgerichteten und kontextbezogenen Steuerung. Kersten zieht insofern das Fazit, dass „Schwärme“ tendenziell außer Kontrolle gerieten⁷⁹. Fünftes Element sei die Beachtung der „Schwarmeffekte“ durch die Massenmedien und die Online-Dokumentation durch die „Schwärme“ selbst, wobei ein „changierendes Verhältnis“ zwischen event und raid sowie, im Rückbezug auf Wilhelm Buschs „Max und Moritz“, die Schadenfreude eine Rolle spiele⁸⁰.

b) Stellungnahme

Kerstens Analyse des menschlichen „Schwarms“ umreißt vielgestaltige menschliche Verhaltensweisen mit Bezug zum Internet unter einen einzigen Begriff, um in der Folge arbeitsrechtliche Schlüsse aus der Betrachtung zu ziehen. Er betont dabei die große Heterogenität der zu beobachtenden Phänomene in sozialer, politischer, kommunikativer, organisatorischer, wirtschaftlicher und juristischer Hinsicht, deren juristische Bewertung nach Kersten Herausforderungen

„nicht nur für das Arbeits-, sondern auch für das Straßen- und Wege-, Versammlungs-, Polizei- und Sicherheits- sowie das Kartell- und schließlich auch das Strafrecht darstellen“⁸¹.

aa) Bedingungen und Schwächen der Begriffsbildung des „Schwarms“

Wissenschaftliche Begriffsbildung und -ausformung ist zur Beschreibung von Erkenntnissen und ihrer Systematisierung notwendig. Insofern ist Kerstens Beobachtung menschlichen Verhaltens unter dem Einfluss von social media als „Schwarm“ trotz des sehr weiten Blickwinkels interessant und begrüßenswert. Angesichts der konkret vorgenommenen Auswahl und der inhaltlichen sowie begrifflichen Differenzierung der Objekte, die Kersten als „Schwarm“ analysiert, ist aber der Wert der fünf eingeführten Definitionsgesichtspunkte für die weitere Auseinandersetzung fraglich.

⁷⁵ Thacker, S. 27 f.

⁷⁶ Kersten, S. 76.

⁷⁷ Kersten, S. 76.

⁷⁸ E. Horn, S. 7, 11, 13; Kersten, S. 76.

⁷⁹ Kersten, S. 77; E. Horn, S. 7, 11, 13; Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 364, 365.

⁸⁰ Kersten, S. 76.

⁸¹ Kersten, S. 78

Zunächst scheint Kerstens initiales Postulat der „Schwarm“-Artigkeit verschiedener aktueller Phänomene aus dem Bereich der Online-Medien und Kommunikationsformen zufällig. Die von ihm angesprochenen Akteure, Phänomene und Zusammenhänge besitzen durchaus spezifische Wirkungsweisen, die unter den jeweiligen wissenschaftlichen Disziplinen einer ergiebigen Betrachtung zugänglich sind. So handelt es sich bei der von Kersten als „Schwarm“-artig beschriebenen Suchablauf von Internetsuchmaschinen⁸² bei genauer Betrachtung um die gewerbliche Tätigkeit von Akteuren des Wirtschaftsgeschehens: Die Webseiten- und Inhaltsrecherche hat sich in den vergangenen zwei Jahrzehnten als bevorzugter Ausgangspunkt individueller Internetnutzung etabliert. Google hat dabei nach der Verdrängung seiner Konkurrenten unter den Webseiten-Suchdiensten gerade im deutschsprachigen Raum eine echte Monopolstellung unter den Anbietern auf den Suchwort-bezogenen Online-Werbemärkten inne⁸³. Um seinen Nutzern das Eingeben vollständiger Wörter zu ersparen, macht das Unternehmen Suchvorschläge. Die zugrundeliegenden Algorithmen sind nicht öffentlich zugänglich, spiegeln aber jedenfalls keine „Schwarm“-hafte Selbststeuerung der Internetsuche oder eine affekthafte Interaktion zwischen Kollektiv und suchendem Individuum⁸⁴. Vielmehr spielt neben der retrospektiv betrachteten statistischen Häufigkeit der von Nutzern eingegebenen Suchwörter auch eine Steuerung durch das Unternehmen, u.a. nach werbewirtschaftlichen Gesichtspunkten eine sehr wichtige Rolle. Ein Verständnis des Suchvorgangs bzw. der Suchvorschläge als „Schwarm“ unterschlägt nicht nur diesen wirtschaftlichen Aspekt der Internetsuche, sondern auch die Möglichkeit und Realität der zentralisierten Einflussnahme durch Google und andere Unternehmen, im Bereich von Arbeitskampfaktionen auch denjenigen von Gewerkschaften wie ver.di, auf das massenhafte Individualverhalten. Das von Kersten ebenfalls als „Schwarm“-artig beschriebene Phänomen der Online-Enzyklopädien kann sich sinnvollerweise nur auf Wikipedia beziehen. Dieses Kollektivprojekt in Form eines Wikis verfolgt keine kommerziellen Interessen⁸⁵, das Erstellen und Redigieren der Artikel erfolgt durch zahlreiche Personen, die eine mehr oder weniger lose Gemeinschaft von Wikipedia-Verfassern bilden und deren Interaktion und interne Hierarchien die Qualitätskontrolle und Rezension der Inhalte besorgt. Die onlinebasierte Szenegemeinschaft erscheint daher im Vergleich zum „Schwarm“ als die sozialwissenschaftlich treffendere Kategorie.

Hinsichtlich der beschriebenen Aktionsmuster von Flashmobs, Smartmobs, Massenbestellungen und „Facebook-Parties“ ist die Bildung neuer sozialwissenschaftlicher Untersuchungskategorien schon wegen der beobachtbaren Vielzahl von Personen, die koordiniert handeln, einleuchtender. Übersieht man zunächst die jeweils erheblich differierenden Motivationen der etwa einerseits bei Smartmobs, andererseits bei Massenbestellungen aktiven Personen, liegen gerade in Kerstens Beschreibung des ersten und fünften „Schwarmmuster“-Elementes⁸⁶ Wahrheit: Die beschriebenen Menschenmengen verabreden sich vor ihrem gemeinsamen öffentlichen Auftreten über Online-Kanäle, insbesondere über solche mit social-media-Funktionalität. Die Aktivität größerer Menschenmengen, die koordiniert agieren, erweckt die Aufmerksamkeit von Massenmedien sowie social-media-Kanälen und findet in ihnen Dokumentation und Wiedergabe.

bb) Betrachtung des Postulats der unklaren Teilnehmerzahl von „Schwärmen“

Die Herleitung des zweiten, dritten und vierte Aspekts des „Schwarmverhaltens“ überzeugt jedoch nicht: Die konkrete Anzahl der Teilnehmer an Aktionen von Menschenmengen ist entgegen der An-

⁸² Kersten, S. 78; Fischer, S. 116, Miller, S. 132 f, 144. Kerstens Ausführungen können sich sinnvollerweise nur auf die in Europa wichtigste Suchmaschine Google beziehen, andere Suchdiensteanbieter spielen für die große Masse der deutschen Internet- und Suchmaschinennutzer aktuell nur eine untergeordnete Rolle.

⁸³ Vgl.: Wu, Tim, In the Grip of the New Monopolists, The Wall Street Journal - Europe Edition Online 2010 (URL: <http://www.wsj.com/news/articles/SB10001424052748704635704575604993311538482>).

⁸⁴ So allerdings Kersten, S. 79 f.

⁸⁵ Die verdeckte, kommerziell oder auch politisch motivierte Einflussnahme auf die Inhalte von Artikeln stellt zugleich eine andauernde Herausforderung an das Projekt dar.

⁸⁶ Vgl.: Kersten, S. 75.

sicht Kerstens keineswegs stets unklar. Im Fall der einstmals aufsehenerregenden, massenhaft besuchten „Facebook-Parties“ traf diese Annahme zwar zu. Die konkrete technische Ausgestaltung der Veröffentlichung von Nachrichten und Events durch einzelne Nutzer hätte seitens des Unternehmens allerdings durchaus auch anders erfolgen können, so wie das Unternehmen auch verschiedene anderweitige Handlungen seiner Nutzer filtert und kontrolliert. Erheblich wichtiger ist der Aspekt der Moden und Trends unter jungen Menschen im Hinblick auf Online-Medien und der social-media: Nur Plattformen, Kommunikationskanäle und Aktionsformen, die über hinreichende, oft durch eine initiale Exklusivität der Bekanntheit und des Zugangs zustande gekommene Reputation verfügen, vermögen überhaupt nennenswerte Personenzahlen in Bewegung zu setzen. Dementsprechend kann das Phänomen der „Facebook-Party“ nicht überraschen, solange die Plattform relativ neu ist. Schon die nächste Generation von Internetnutzern dürfte diese Aktionsform als veraltet empfinden und von ihr Abstand halten. Flashmobs und Smartmobs lassen aufgrund ihrer Einbettung in die oben skizzierten Szenegemeinschaften hingegen keine vergleichbaren Menschaufläufe erwarten. Im Gegenteil ist das Zusammenstellen einer hinreichend großen Gruppe von Teilnehmern durch treibende Kräfte innerhalb der Gemeinschaft zur Erfüllung des Aktionszweckes eine große Herausforderung. Insbesondere bei Arbeitskampffaktionen in der Form von Flashmob-Aktionen wie im Berliner Ostbahnhof besteht zwar ebenfalls Zugang zu den Koordinationskanälen der social-media. Demgegenüber werden entsprechende Aktionen nicht von Szenegemeinschaften jüngerer Menschen getragen, die eine aufkommende Mode oder einen Trend vorwegnehmen. Stattdessen gehen die Aktionen von Gewerkschaften bzw. Arbeitnehmergruppen aus, die vollkommen anderen sozialen Regeln folgen als Facebook-Gruppen oder Szenegemeinschaften⁸⁷:

Die Aktionen haben entsprechend der Beweggründe für den Tarifkonflikt, in dessen Rahmen sie stattfinden, arbeitsmarkt- und sozialpolitische Ziele und werden von den Initiatoren regelmäßig zentral geplant und koordiniert⁸⁸. Dabei erfolgt ein Aufruf zu Flashmob-Aktionen an einen begrenzten Personenkreis, der durch Schulungen im Vorfeld der Aktionen, seiner Nähe zu der aufrufenden Gewerkschaft, seiner Kenntnis des jeweiligen Betriebs und vor allem durch seine Disziplin bei der Durchführung der Aktion quantitativ und qualitativ deutlich umrissen ist. Zwar besteht in Gestalt von social-media-Kanälen eine technische Möglichkeit der unbegrenzten Weiterleitung und Multiplikation des Aufrufs, bloß stehen Arbeitskämpfe üblicherweise weder mit jeweils aktuellen Moden und Trends in Kontakt, noch treffen sie regelmäßig den Geschmack junger Menschen in Sachen Freizeitgestaltung, so dass die für einen Massenansturm notwendige Reputation wohl regelmäßig nicht entsteht.

cc) Kritik der postulierten Tendenz zum Außer-Kontrolle-Geraten von „Schwärmen“

Die dargelegte Absehbarkeit der Teilnehmerzahl von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf spricht auch gegen die in Kerstens viertem „Schwarmmuster“-Element postulierte Tendenz zum Außer-Kontrolle-Geraten von „Schwärmen“⁸⁹, soweit damit die Begehung von Sachbeschädigungen, Hausfriedensbrüchen oder gar Körperverletzungen gemeint sind. Kerstens Ausführung enthalten insofern keine genauere typologische Eingrenzung. Auch Rehder geht in ihrem Vergleich atypischer Arbeitskämpfungsmittel mit dem Repertoire sozialer Bewegungen von Aspekten des Kontrollverlustes aus. Die Aktionen seien danach auf ein gewisses „Chaos-Element“ angewiesen und hingen in relevantem Maß von situativen und lokalen Bedingungen ab⁹⁰. Ausgangsgedanke Rehders ist die aus dem Repertoire sozialer Bewegungen stammende „direkte Aktion“.

⁸⁷ Dazu weitergehend: S. 17, Nr. 4.

⁸⁸ Die zentrale Planung und Koordination wird auch von Krieger und Günther bei ihrer Einschätzung über das Eskalationspotenzial von Flashmob-Aktionen nicht berücksichtigt. Sie weisen vielmehr auf die besonderen Gefahren durch Gruppendruck, Anonymität und arbeitskampffremde Motivationen der Teilnehmer bei entsprechenden Aktionen hin, vgl.: Krieger, Günther, NZA 2010, S. 21.

⁸⁹ Kersten, S. 74.

⁹⁰ Rehder, Deinert, Callsen, S. 16.

Die Relevanz lokaler und situativer Aspekte bei der Durchführung von Flashmob-artigen Aktionen, etwa die Eigenschaften des betroffenen Betriebs, seine örtliche Lage, Sicherheitsaspekte, die Anzahl der Beschäftigten, die zu erwartende Kundschaft sowie ihre Reaktion auf die Aktion ist tatsächlich hoch. Diese Aspekte sind jedoch der Planung und Vorbereitung zugänglich⁹¹, was Rehder im Übrigen als Herausforderung an die Initiatoren in der Folge auch unterstreicht⁹². Von einer Notwendigkeit von „Chaos-Elementen“ als Erfolgsbedingung der Aktion kann gleichwohl wenigstens im Hinblick auf Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf nicht die Rede sein⁹³.

dd) Sanktionierbarkeit individuellen Fehlverhaltens

Daran anschließend ist auch Kerstens drittes „Schwarmmuster“-Element kritisch zu sehen. Während ein Hin-und-Her-Wechseln der Aktionsteilnehmer zwischen individuellen und kollektiven Handlungsweisen plausibel erscheint, ist keineswegs erkennbar, wieso derartige Verhaltensmuster rechtliche Sanktionen für einzelne Aktionsteilnehmer unmöglich machen sollen. Die Tatbestände und Rechtsfolgen des Straf-, aber auch des Deliktrechts folgen dem Prinzip des persönlichen Verschuldens. Deshalb ist etwa die Begehung von Straftaten ebenso wie die Verletzung zivilrechtlich geschützter Rechtsgüter innerhalb von Menschenmengen bzw. aus ihnen heraus ebenso sanktionierbar wie außerhalb von Menschenmengen⁹⁴.

Es ist, wie oben dargelegt, nicht anzunehmen, dass Teilnehmer an Flashmob-artigen Aktionen im Arbeitskampf einen Hang zum gewalttätigen oder anderweitig rechtswidrigen Verhalten aufweisen. Derartige Tendenzen sind in Deutschland schon bei öffentlichen Demonstrationen zu politisch brisanten Themen glücklicherweise vielbeachtete Ausnahmen, wie das beachtliche Medienecho auf Ausschreitungen wie jene am 1. Mai in Berlin oder auf Zusammenstöße wie jene zwischen Rechtsradikalen, Salafisten und der Polizei im Jahr 2012 illustriert. Bei Flashmob-Aktionen ist hingegen der Personenkreis, welcher für das Bestehen von Gewalt- bzw. Straftatenpotenzial ausschlaggebend ist, durch die Auswahl und Beaufsichtigung der gewerkschaftlichen Organisatoren eingegrenzt. Auch eine rechtswidrige Betätigung externer Dritter im Rahmen von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf ist mit Blick auf die als gering einzustufende Anziehungskraft von Arbeitskampffaktionen für vollkommen arbeitskampferne Personen wenigstens unwahrscheinlich. Werden gleichwohl deliktische Handlungen begangen, kann allenfalls die etwaige Unübersichtlichkeit der Teilnehmergruppe zu Schwierigkeiten für den prozessualen Beweis führen. Insofern ergeben sich allerdings keine rechtlich relevanten Unterschiede zwischen Flashmob-Aktionen und dem anderweitigen Auftreten größerer Personengruppen, etwa bei Demonstrationen, Sportveranstaltungen, Festen usw.

Die in der Literatur diskutierte Idee einer Ausklammerung strafbewehrter Verhaltensweisen aus dem Tatbestand der Koalitionsfreiheit⁹⁵ kann nicht gefolgt werden, weil die Wertung der einschlägigen Strafnorm auf Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in gegnerische Rechtspositionen sachgerecht Eingang findet. Die Bewertung individuellen, strafrechtlich relevanten Tuns im Rahmen von Arbeitskämpfen ist zudem nach § 2 f. ArbGG nicht Aufgabe der Arbeitsgerichtsbarkeit, sondern gehört nach § 24 Abs. 1 GVG in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Ein

⁹¹ Auch das BVerfG stützt die Wertung der Flashmob-Entscheidung des BAG, nach der entsprechende Aktionen jedenfalls nicht üblicherweise mit der Begehung von Straftaten einhergehen: BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 28. Der Gedanke einer Tendenz zum Außer-Kontrolle-Geraten von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf lässt sich jedenfalls hinsichtlich strafrechtlich relevanter Handlungen mit der Beobachtung von bislang durchgeführten Aktionen ebensowenig untermauern wie mit den bisherigen Handlungsmaximen der im Allgemeinen deutlich konsensorientierten deutschen Tarifkonfliktpraxis.

⁹² Kersten, S. 17.

⁹³ Vgl. zur deliktrechtlichen Zurechnung individuellen Fehlverhaltens zu den Initiatoren von Flashmob-Aktionen unten: S. 84, Nr. 4.

⁹⁴ Siehe zum Arbeitskampf: Kissel, § 34, Rn. 26 f.

⁹⁵ Vgl. im Gegensatz zur Ansicht des BVerfG: Lembke, NZA 2014, S. 472.

Erkenntnisgewinn aus dem Bereich des Strafrechts für die Schutzbereichsabgrenzung des Art. 9 III GG ist nicht ersichtlich.

4. Gewerkschaftliches Organizing als Kontext atypischer Arbeitskämpfungsmittel

Atypische Arbeitskämpfungsmittel wie der Flashmob werden als Mittel zum Zweck des gewerkschaftlichen Organizing gesehen⁹⁶. Dribbusch besetzt den Begriff des Organizing im deutschen Sprachgebrauch mit zwei Bedeutungen: Einerseits ist es ein Bündel gewerkschaftlicher Strategien, welche die Koalitionsarbeit durch konzentrierte und kampagnenhafte Verfolgung ausgewählter Themen effektiver und öffentlichkeitswirksamer gestalten sollen. Andererseits beschreibt der Begriff neue Ansätze, um Mitglieder zu gewinnen und zu mobilisieren⁹⁷. Eine feste Definition des Begriffes Organizing besteht bislang indes nicht.

a) Herkunft des Organizing

Der Begriff des Organizing wurde zusammen mit den Eckpunkten des offenen Konzepts von der nord-amerikanischen Gewerkschaftsbewegung übernommen⁹⁸. Die kanadischen und US-amerikanischen Verbände hatten in der Vergangenheit nicht den gesellschaftlichen Stellenwert und die Durchsetzungsstärke ihrer europäischen Pendants, was durch die schwache gesellschaftliche Verwurzelung der Gewerkschaftsbewegung, die stetige Verfügbarkeit niedrigpreisiger, nicht-organisierter Arbeitskraft durch Immigration, die politische Wirksamkeit der liberalen Ideologie und die schwache institutionelle Einbindung der trade unions mitbedingt war. Auch als Konsequenz dieser traditionell schwierigen Rahmenbedingungen besannen sich die amerikanischen Gewerkschaften ab etwa 1970 auf die Mittel und Ansätze des Community Organizing, bei dem traditionell politische sowie konfessionelle Akteure durch kampagnenhafte Mobilisierung der Bevölkerung soziale oder anderweitige politische Anliegen verfolgen.

Die Vorläufer des Community Organizing waren eine Reaktion auf die Auswirkungen der Industrialisierung vieler Branchen⁹⁹ und der starken Immigration Ende des 19. Jahrhunderts. Organizing besaß in dieser frühen Phase mit seinem Fokus auf nachbarschaftsbezogener Gemeinschaftsbildung viele Schnittmengen mit sozialer Arbeit, in der weiteren historischen Entwicklung wurden Organizing-Konzepte durch unterschiedliche soziale Bewegungen genutzt.

b) Wesentliche Bestandteile

Dem Community Organizing liegt die Idee zugrunde, dass Menschen aus einem begrenzten lokalen Wohngebiet sich zur gemeinsamen Interessenvertretung zusammenschließen und bestimmte Ziele in konflikthaftern Prozessen verfolgen. Zentral sind dabei der Einsatz geschulten Organizer-Personals, die Etablierung dauerhafter personaler Bindungen und die Erreichung messbaren Einflusses für die jeweiligen Repräsentationsorgane der vertretenen Gemeinschaft.

Ebenso wie Community Organizing ist auch gewerkschaftliches Organizing kein abschließend definiertes Konzept. Als methodische Kernelemente können neben den Bestandteilen des Community

⁹⁶ Vgl. Rehder, Deinert, Callsen, S. 15.

⁹⁷ Dribbusch, S. 18, 19.

⁹⁸ Dribbusch, S. 18.

⁹⁹ Der erfolgreiche Verlauf des New Yorker 'Newsboys Strike' von 1899 gegen die niedrige Bezahlung der Kinderarbeit im Zeitungsvertrieb durch die beiden Publikationshäuser Joseph Pultizers und Randolph Hearsts ist ein anschauliches Beispiel für die Möglichkeiten der Selbstorganisation gegen soziale Missstände und ihrer medialen Darstellung außerhalb klassischer Arbeitnehmervertretung, vgl.: Siff, S. 12 ff. mit weiteren Referenzen.

Organizings die strategische Kampagnenplanung und Prioritätensetzung, die Erstellung von Aktionsplänen und ihre fortlaufende Evaluation, die Analyse der Arbeitsbedingungen und Motivationen der Beteiligten, die Nutzung moderner Bewertungstechniken, die Bildung von Organizing-Komitees, das Fokussieren auf Kunden und Geschäftspartner ausgewählter Unternehmen sowie der Öffentlichkeit zur Druckausübung, die Demonstration gewerkschaftlicher Wirksamkeit über ausgewählte Konflikte, der Einsatz geschulten Organizing-Personals und die allgemeine Koalitionsbildung zur Erreichung der Ziele gelten¹⁰⁰. Nutzt ein Akteur viele bzw. alle dieser Elemente, liegt danach eine „comprehensive campaign“ vor.

c) Strukturelle Parallelen und Unterschiede des gewerkschaftlichen Organizing in den USA und in Deutschland

Die gesellschaftlichen und juristischen Rahmenbedingungen für gewerkschaftliche Organizing-Bestrebungen in den USA weichen wesentlich von jenen in Mitteleuropa ab. Vor allem das Erfordernis einer Anerkennung der gewerkschaftlichen Vertretung für jeden einzelnen Betrieb und die daran geknüpfte Mitgliederdynamik in den USA erinnert im Vergleich zu Deutschland eher an Aspekte der betrieblichen Mitbestimmung als an die verbandbasierte Arbeitnehmervertretung des hiesigen Tarifmodells¹⁰¹. Strukturelle Vorbedingung für gewerkschaftliches Organizing ist ein Repräsentationsdefizit und eine Schwäche „herkömmlicher“ Mitgliedererwerbs- und Interessenvertretungstechniken. Diese sind im Fall der deutschen Gewerkschaftsbewegung weniger historisch angestammt als bei ihren nordamerikanischen Pendanten. Vielmehr spiegeln sie einen Trend der letzten 30 Jahre, in denen sich gewerkschaftliche Arbeit im Hinblick auf Mitgliederpolitik und Interessenvertretung im Ergebnis erschwert haben. Die spezifischen Gründe entstammen den hier nur grob zugeordneten Bereichen der öffentlichen Wahrnehmung der Koalitionen und der gesetzlichen wie realen Rahmenbedingungen für die Koalitionsarbeit auf den Arbeitsmärkten¹⁰².

III. Typologie: Fazit

In Schrifttum und Praxis besteht keine allgemeingültige Definition des Flashmob. Dieser Umstand ist durch die zahlreichen und vielgestaltigen Lebenssachverhalte zu erklären, die unter das Phänomen gefasst werden. Zentrales Merkmal von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf ist jedenfalls ein koordiniertes, für Außenstehende unvorhersehbares Verhalten einer Personenmehrzahl zur Verfolgung eines tariflichen Zweckes im räumlichen Umfeld oder innerhalb des betroffenen Betriebes. Die rechtliche Untersuchung des Phänomens nimmt an der Weite dieses Definitionsansatzes keinen Schaden, solange sich wenigstens grobe Charakteristika bestimmen lassen, um Flashmob-artige Ausprägungen des Arbeitskampfes als solche zu identifizieren und sich Prüfungsgesichtspunkte herausbilden lassen, welche die Bestimmung der Zulässig- bzw. Unzulässigkeit ermöglichen¹⁰³.

Der Flashmob als Aktionsform stammt aus dem Umkreis der Aktionskunst und ist bei ihrem Einsatz in Tarifkonflikten als Ausdruck einer gewerkschaftlichen Arbeitskampfstrategie zu verstehen, die Elemente aus dem nordamerikanischen Community-Organizing entlehnt. Wesentlicher Bestandteil des Organizing ist die kampagnenhafte Ansprache potenzieller Mitglieder durch speziell geschultes Personal zum Verfolgen einer konflikthaften Strategie, die sich auf einzeln ausgewählte, repräsentative Sachverhalte bezieht.

¹⁰⁰ Dribbusch, S. 19.

¹⁰¹ Dribbusch, S. 20.

¹⁰² Vgl. im Folgenden: S. 21, I..

¹⁰³ Vgl. unten: S. 87, Nr. e).

Der Versuch einer Charakterisierung des Flashmob im Arbeitskampf als Schwarm durch Kersten geht indes fehl: Anders als bei den zum Vergleich herangezogenen Facebook-Parties vergangener Tage ist die Teilnehmerzahl bei Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf keineswegs eine nach oben hin zufällige Größe. Dafür sprechen nicht nur die Motive hinter Flashmob-Aktionen in Tarifkonflikten, sondern auch ihre Koordination, etwa durch gewerkschaftliche Akteure. Eine Tendenz der Aktionsform zum Außer-Kontrolle-Geraten in strafrechtlich relevanter Weise ist ebensowenig anzunehmen wie die von Kersten angenommene erschwerte Sanktionierbarkeit individuellen Fehlverhaltens im Zusammenhang mit Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf.

Kap. 3 Das Umfeld des Arbeitskampfes und seine rechtliche Bewertung

I. Flashmob-Aktionen als Reaktion auf den Strukturwandel der Arbeitsmärkte und Betriebe

Nach dem Bundesverfassungsgericht dient die autonome Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen dazu, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer gegenüber den Arbeitgebern durch den Abschluss von Tarifverträgen zu relativieren, was auf kollektiver Ebene ein ungefähres Kräftegleichgewicht voraussetzt. Da die Maßstäbe zur Bemessung selbigen Gleichgewichts nicht direkt aus Art. 9 III GG zu entnehmen sind, lässt das BVerfG staatliche Eingriffe zu, die geeignet sind, das Übergewicht einer Seite zu verhindern. Das Gericht betont dabei allerdings, dass der Gesetzgeber nicht verpflichtet ist, „Diparitäten auszugleichen, die nicht strukturell bedingt sind, sondern auf inneren Schwächen einer Koalition beruhen.“¹⁰⁴.

Entsprechend dieser Losung des BVerfG wird der Einsatz von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf mit Faktoren in Zusammenhang gebracht, die nicht unmittelbar mit dem jeweiligen Tarifkonflikt in Zusammenhang stehen, sondern die Gestalt der Arbeitsmärkte und Veränderung der betrieblichen Wertschöpfungsmodi als solche betreffen¹⁰⁵. Klebe erklärt etwa den aktuellen Einsatz von Flashmob-Aktionen mit der Veränderung des Kräfteverhältnisses im tariflichen Einigungsprozess zuungunsten der Gewerkschaften nicht nur aufgrund der Möglichkeit kalter Aussperrungen und der strukturellen Schwächung der Tariflandschaft durch verbreitete OT-Mitgliedschaften in den Arbeitgeberverbänden¹⁰⁶, sondern auch aufgrund der Möglichkeit globaler Produktionsverlagerungen durch Arbeitgeber und der Häufigkeit atypischer Beschäftigungsverhältnissen wie der Leiharbeit und befristeter Beschäftigung¹⁰⁷. Seine Sichtweise deckt sich mit vorangegangenen Begründungsansätzen zum Einsatz neuartiger Arbeitskampfmittel¹⁰⁸, die den konstanten Einfluss der Entwicklungen der Arbeitsprozesse und der Arbeitsorganisation¹⁰⁹ auf die Kräfteverteilung innerhalb des Tarifsystems unterstreichen.

Auch bei der jüngeren Rechtsprechung des BAG, insbesondere zu möglichen Streikvorhaben in OT-Betrieben, zu Sozialplaninhalten in diakonischen Einrichtungen sowie zum Unterstützungsstreik steht die Frage nach arbeitskampfrechtserheblichen Verschiebungen der gesellschaftlichen Realität im Mittelpunkt. Die Möglichkeit kollektiver Arbeitnehmervertretung und Arbeitskämpfen in beschäftigungsstarken Wirtschaftszweigen, vor allem des Dienstleistungs- und Handelsbereiches, hängt von diesem Rechtsprechungskontext ab. Die Entscheidung des BAG zu der Flashmob-Aktion im Berliner Ostbahnhof ist Teil dieses Kontextes und kann als Signal aufgefasst werden, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung gewerkschaftlichen Erwägungen, nach denen die Effektivität von Streiks in zahlreichen Betriebskontexten vermindert ist und der Wiederherstellung durch begleitende Maßnahmen bedarf, keine grundlegenden Einwände entgegengesetzt.

¹⁰⁴ BVerfG 04.07.1995: BVerfGE 92, 365, 395, 396.

¹⁰⁵ Zu diesem Ansatz grundsätzlich kritisch, Säcker, NJW 2010, S. 1116.

¹⁰⁶ Vgl. zum Phänomen der OT-Mitgliedschaften: Welz Müller, Wagner, S. 29.

¹⁰⁷ Klebe, Mitbestimmung 2009, S. 59.

¹⁰⁸ Vgl. etwa: Treber, S. 216 ff. sowie allgemein: BAG 19.06.1980, I 2 a der Gründe: BAGE 33, 140, 150 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 65.

¹⁰⁹ Vgl.: Kittner/Zwanziger/Kittner, S. 136, 137.

1. Veränderte Arbeitsbedingungen als Erklärungsansatz für Flashmob-Aktionen

Flashmob-Aktionen fanden bisher vor allem in der Handels- und Dienstleistungsbranche statt, in denen eine vergleichsweise geringe Bereitschaft der Belegschaften zur Austragung von Arbeitskämpfen besteht. Für den Einsatz von Flashmob-Aktionen in gerade diesen Branchen scheint die starke Verbreitung atypischer Beschäftigungsmodelle wie der Teilzeit- und Leiharbeit im Verein mit der praktischen und gesellschaftsrechtlichen Aufteilung ursprünglich zusammengehöriger Betriebe und Betriebsteile von zentraler Bedeutung zu sein¹¹⁰. Der dämpfende Effekt dieser Wandelung des betrieblichen Arbeitsumfeldes auf die bisher genutzten Möglichkeiten gewerkschaftlicher Mitgliederengewinnung und Interessenvertretung lässt Flashmob-Aktionen aus Gewerkschaftssicht zur Akzentuierung von Streikbemühungen notwendig erscheinen¹¹¹, die andernfalls vom Tarifgegner durch Ersatzbelegschaften problemlos kompensiert¹¹² und infolgedessen von der Öffentlichkeit weitestgehend ignoriert würden.

Arbeitskämpfe sind nur durchführbar, wenn die Belegschaft des jeweiligen Betriebs sowohl eine Änderung von Gehalts- und Beschäftigungsmodalitäten wünscht, als auch streikbereit und -fähig ist, was üblicherweise einen gewissen Organisationsgrad voraussetzt¹¹³. Streikbegleitende Flashmob-Aktionen sind auch bei einer verminderten Streikbereitschaft der Belegschaft durchführbar, so dass die besonderen arbeitsmarktlichen, betrieblichen und individuellen Umstände, unter denen die Aktionen stattfinden, besondere Beachtung verdienen.

a) Probleme bei der betrieblichen Integration atypisch Beschäftigter

Flashmob-Aktionen wurden in der Vergangenheit vor allem in Dienstleistungs- und Handelsbetrieben eingesetzt und sind auch als Reaktion auf die erschwerte Interessenvertretung durch Gewerkschaften infolge der stärkeren Verbreitung atypischer Beschäftigungsformen zu sehen. Bei der nur relativ kurzen Verweildauer und der üblichen ökonomischen Unsicherheit von Leiharbeitnehmern, Praktikanten und befristet Beschäftigten in diesen Branchen findet das traditionelle Verfahren der Organisation von Beschäftigten durch gewerkschaftsnahe Betriebsräte nur schwachen Anklang¹¹⁴. Gerade Leiharbeitnehmer sind nach der zutreffenden Einschätzung von Aust, Pernicka und Feigl-Heihs regelmäßig ohne eigene betriebliche „Heimat“, d.h. ihre Integration in Gruppen und soziale Kreise innerhalb des Entleihbetriebs ist im Vergleich zu Normalbeschäftigten schwächer und üblicherweise zeitlich befristet¹¹⁵. Der Bestand sozialer Gruppen und ein Mindestmaß an Zusammengehörigkeitsgefühl und Solidarität innerhalb von Betrieben¹¹⁶ ist aber eine Voraussetzung für die individuelle Bereitschaft, Tarifkonflikte mit dem jeweiligen Arbeitgeber auszutragen¹¹⁷. Im Ergebnis liegt der großen Gruppe der atypisch Beschäftigten die Teilnahme an kollektiven Aktionen in Betrieben ferner als Normalbeschäftigten¹¹⁸.

¹¹⁰ Aust, Pernicka, Feigl-Heihs, S. 9 f., 231 f.

¹¹¹ Klebe, Mitbestimmung 2009, S. 59.

¹¹² Zu den Determinanten der Kampfmittel der Arbeitgeberseite im Allgemeinen, Däubler/Wolter, § 21, Rn. 189.

¹¹³ Däubler/Wolter, § 21, Rn. 189. Kritisch zur möglichen Lockerung der engen Bindung der Arbeitskampffähigkeit an den Organisationsgrad: Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 349 f. sowie Rieble, NZA 2008, S. 797.

¹¹⁴ Vgl.: Aust, Pernicka, Feigl-Heihs, S. 232.

¹¹⁵ Aust, Pernicka, Feigl-Heihs, S. 232.

¹¹⁶ Pernicka, Holst, S. 29, 30 und Wiesenthal, Kapitalinteressen und Verbandsmacht, S. 5 sprechen auch von einem notwendigen Grundkonsens über die materiellen und ideologischen Ziele des kollektiven Tätigwerdens.

¹¹⁷ Den Zusammenhang zwischen der Verunsicherung von Arbeitnehmern hinsichtlich ihrer Beschäftigungssituation und Anpassungseffekten gegenüber ihren Arbeitgebern und einer Senkung der Teilnahmebereitschaft an Arbeitskampfmaßnahmen beschreibt auch: Treber, S. 218, 219.

¹¹⁸ Vgl.: Pernicka, Holst, S. 46 f.

b) Praktische Hindernisse der Interessenartikulation atypisch Beschäftigter

Eine weitere Hürde bei der Interessenartikulation atypisch Beschäftigter stellt der Umstand dar, dass die Lohnarbeit für Arbeitnehmer, gerade auch für solche aus der bezeichnete Beschäftigtengruppe, aktuell nicht den Ausgangspunkt politischer Zielsetzungen und gesellschaftlicher Interessenartikulation darstellt¹¹⁹. Leiharbeiter, Praktikanten und befristet beschäftigte Arbeitnehmer betrachten ihre Beschäftigungsverhältnisse häufig ohnehin nur als kurzfristig, jedenfalls aber als vorübergehend, was die Notwendigkeit einer kollektiven Interessenvertretung für alle drei Gruppen an sich weniger naheliegend erscheinen lässt¹²⁰. Bei der Gruppe der Praktikanten bedingt die meist kurze Erwerbsbiographie zudem eine höhere Wahrscheinlichkeit, noch nie mit gewerkschaftlicher Arbeit und kollektiver Interessenvertretung in Kontakt gekommen zu sein¹²¹. Gerade Leiharbeiter sind allerdings auch deshalb wenig arbeitskampffreudig, weil sie bei einer Beteiligung an Arbeitskämpfen ohne Umstände vom Entleihbetrieb an den Verleiher zurückgegeben werden können¹²², so dass das Maßregelungsverbot im Hinblick auf Arbeitskämpfe keine effektive Wirkung entfalten kann und die Arbeitskampffähigkeit der Beschäftigtengruppe im Entleihbetrieb praktisch aufgehoben ist.

Die Gewinnung von Mitgliedern und die Herstellung einer Bereitschaft zur kollektiven Interessenartikulation fallen daher gerade bei atypisch Beschäftigten schwerer und können sich angesichts der mitunter kleinen Belegschaftsgröße infolge der gesellschaftsrechtlichen Aufteilung von Betrieben in den Branchen Handel und Dienstleistung nicht regelmäßig auf gewerkschaftliche Vertrauensleute bzw. auf gewerkschaftsnahe Betriebsräte stützen¹²³. Das Fehlen einer Möglichkeit zum persönlichen Kontakt mit potenziellen Mitgliedern wirkt sich stark hemmend auf gewerkschaftliche Bemühungen zur Aggregation und Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer aus¹²⁴. Flashmob-Aktionen sind demnach als Reaktion auf die erschwerten Bedingungen gewerkschaftlicher Interessenartikulation vor allem in Handels- und Dienstleistungsbetrieben zu verstehen. Sie stellen etwa im Vergleich zu Streiks nur verringerte Ansprüche an die Homogenität und ideologische Bindung der Aktivisten und weisen im Vergleich zu Streiks eine deutlich geringere Vorbereitungsintensität auf¹²⁵.

2. Strukturelle Disparitäten und aktuelle Arbeitskampsrechtsprechung

Das BAG-Urteil zum Einsatz von Flashmob-Aktionen wurde in Fortführung der BAG-Rechtsprechung zum Unterstützungstreik und dem Streik um die Inhalte von Tarifsozialplänen als eine Entscheidung bezeichnet, die eine inkohärente Weiterentwicklung der deutschen Arbeits- und Sozialordnung vorzeichne, den „Partisanenkampf“ fördere und den „Monopolkampf“ entgrenze¹²⁶. Für Säcker erscheint das Urteil und die genannten Vorgänger deshalb wie „aus einer anderen Welt“¹²⁷.

Nach Bergs korrekter Ansicht bildet die kritische Beschäftigung mit der Rechtsprechung des BAG seit Jahrzehnten den Mittelpunkt der rechtspolitischen Auseinandersetzung um den Arbeitskampf¹²⁸. Dazu gehören sowohl die gewerkschaftlichen Forderungen nach einer Sicherung und Effektivierung des Streikrechts als auch die Fundamentalkritik¹²⁹ der arbeitgebernahen Literatur und etwa der

¹¹⁹ Wiesenhal, Strategie und Illusion, S. 25 f; Artus weist als Erklärung auf gesamtgesellschaftliche Individualisierungstendenzen und auf die weite Verbreitung und Rezeption von Teilen der neoklassischen Wirtschaftstheorie hin, Artus, S. 83, 84. Negt spricht auch mit Blick auf politische Parteien von einem Abbau von Loyalität und Bindungsgefühlen, vgl.: Negt, S. 7, 17, 25; Vgl. auch: Pernicka, Holst, S. 48.

¹²⁰ Aust, Pernicka, Feigl-Heihs, S. 232.

¹²¹ Vgl. auch hier: Aust, Pernicka, Feigl-Heihs, S. 232.

¹²² Aust, Pernicka, Feigl-Heihs, S. 232.

¹²³ Vgl.: Aust, Pernicka, Feigl-Heihs, S. 27, 28.

¹²⁴ Pernicka, Holst, S. 26 ff.

¹²⁵ Vgl. zu den jüngeren gewerkschaftlichen Organizing-Strategien bereits oben, S. 17 unter Nr. 4.

¹²⁶ So Säcker, NJW 2010, S. 1118 mit Rückgriff auf Böhm, S. 184 ff.

¹²⁷ Säcker, NJW 2010, S. 1118.

¹²⁸ P. Berg, S. 471.

¹²⁹ P. Berg, S. 471.

BDA u.a. an der befürwortenden Haltung des BAG zu einer weitgehenden Betätigungsfreiheit der Koalitionen und die Forderung nach der Kodifizierung des Arbeitskampfrechtes, die mitunter auf eine Beschränkung des Streikrechtes abzielt¹³⁰.

a) Die jüngere Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampf

Zu den Gegenständen dieser beidseitig kritischen Beschäftigung mit der BAG-Rechtsprechung gehören in jüngerer Zeit die Entscheidungen zu Arbeitskämpfen um Tarifsozialpläne, Streiks in OT-Betrieben und in diakonischen Einrichtungen sowie zum Unterstützungsstreik, welche jeweils auf die Wandlung der realwirtschaftlichen Gegebenheiten reagieren und zugleich das Umfeld mit definieren, in dem Arbeitskämpfe durchgeführt werden und in dessen Rahmen strukturelle Disparitäten die Verhandlungspositionen der Tarifpartner beeinträchtigen können.

Die BAG-Entscheidung zum Unterstützungsstreik stellt etwa ausdrücklich darauf ab, dass für die Bemessung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne von großer Bedeutung ist, ob der von einem Unterstützungsstreik betroffene Betrieb mit dem Adressaten des Hauptarbeitskampfs wirtschaftlich verknüpft ist¹³¹. Diese Betonung deutet die Relevanz des Unterstützungsstreiks gerade in Konzernen und anderweitig verbundenen Betrieben an, die seit den 1980er Jahren als Organisationsformen von international, aber auch national bzw. regional agierenden Unternehmen eine verstärkte Verbreitung gefunden haben. Das Urteil lockert dementsprechend die enge Bindung der Zulässigkeit von Arbeitskämpfungsbemühungen an dasjenige Tarifgebiet, in dem eine Gewerkschaft mithilfe des Hauptarbeitskampfes tarifvertragliche Ziele verfolgt¹³² und stellt so in Grenzen eine Einheit der Belegschaft für den Arbeitskampf in Konzernen her.

Die Entscheidung des BAG zu Streikaufrufen in diakonischen Unternehmen stützt die aktuell praktizierte Festlegung von Lohn- und Beschäftigungsbedingungen durch den sog. Dritten Weg als Konsequenz des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften. Das BAG erkennt dabei zwar die schwerwiegenden Konsequenzen an, welche das resultierende Streikverbot zulasten von rund 1,3 Mio Beschäftigten in den Einrichtungen der Diakonie und Caritas für die grundrechtskonforme Wahrnehmung der gewerkschaftlichen Kernaufgaben hat¹³³. Die Herstellung praktischer Konkordanz gebiete allerdings lediglich die Einräumung von gewerkschaftlichen Einflussmöglichkeiten in den arbeitsrechtlichen Kommissionen und Schiedskommissionen sowie die Abschaffung der kirchenrechtlich eröffneten Wahlmöglichkeit des Dienstherrn zwischen unterschiedlichen Arbeitsrechtsregelungswerken und der jeweiligen einzelvertraglichen Ausgestaltungen von Bezugnahmeklauseln, weil diese im Ergebnis einer Lohnfindung im Sinne des sog. Ersten Weges gleichkommen¹³⁴. Sowohl die nach außen angebotenen Dienstleistungen als auch die innere Organisations- und Entlohnungspraxis¹³⁵ der kirchlichen Betriebe entspricht zwar in aller Regel der Praxis erklärt kommerzieller Marktteilnehmer der Gesundheits- und Pflegeindustrie, gleichwohl hält das Urteil die Lohnfindung nach den Maximen der kirchlich definierten Dienstgemeinschaft unter Ausschluss gewerkschaftlicher Arbeitskämpfungsmöglichkeiten aufrecht.

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts zur streikförmigen Durchsetzung von Tarifsozialplänen erlaubt den Gewerkschaften zum Zwecke des Abschlusses von Tarifsozialplänen bei Massenentlassungen und Betriebsschließungen Arbeitskämpfe zu führen, während der Betriebsrat wegen der zugleich vorliegenden Betriebsänderungen parallel einen Sozialplan verlangen und mittels der Einigungsstelle zwangsweise herbeiführen kann. Das BAG führt mit dieser Entscheidung seine Rechtsprechung aus

¹³⁰ P. Berg, S. 471; vgl. zu derartigen Forderungen unten: S. 60, Nr. 4.

¹³¹ BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, Rn. 46.

¹³² BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, Rn. 31.

¹³³ BAG 20.11.2012, B III 9 b der Gründe: NZA 2013, S. 448 ff.

¹³⁴ BAG 20.11.2012, B III 11 a bb der Gründe: NZA 2013, S. 448 ff.

¹³⁵ Namentlich auch die Nutzung von Leiharbeitnehmern durch eigene Personalservicegesellschaften, die Teil der verbundenen Unternehmen der Diakonie (und auch der Caritas) sind; BAG 20.11.2012, B III 3 der Entscheidungsgründe: NZA 2013, S. 448 ff.

dem Jahr 2006 fort und bestätigt, dass die Regelungsgegenstände von Sozialplänen zugleich der Rechtssetzungsmacht der Tarifparteien innerhalb des Schutzbereiches von Art. 9 III GG angehören.

Hinsichtlich des Wechsels von Arbeitgeberverbandsmitgliedern in OT- Mitgliedschaften kurz vor oder während laufender Arbeitskämpfe urteilte das BAG, dass ein gegen Unternehmen geführter Verbandsstreik unzulässig sei und grundsätzlich zu Schadensersatz verpflichte, wenn das Verbandsmitglied im Laufe von Tarifverhandlungen seine einschlägige Tarifbindung durch den Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft oder in einen anderen Verband ablegt und dabei die Transparenzanforderungen erfüllt seien¹³⁶. Eine Umdeutung der Verbandsstreiks in einen Partizipationsstreik oder einen Streik auf Abschluss eines Firmentarifvertrags sei in diesen Fällen nicht möglich¹³⁷.

b) Anpassung der Arbeitskampfmodi an betriebliche Realitäten durch die Rechtsprechung

Die Adaption der Arbeitskampfmodi an branchen- und betriebsbezogene Umstände und Beschäftigungsmodi durch die jüngere höchstrichterliche Rechtsprechung bildet keinen konstanten Prozess. Gerade die jüngeren Urteile zum Unterstützungsstreik, zur Erstreikbarkeit von Tarifsozialplänen und zum Flashmob-Einsatz vergrößern augenscheinlich die gewerkschaftliche Handlungsfähigkeit in Sachen Streik und Arbeitskampf. Bei rechtspolitischer Betrachtung erscheinen sie hingegen als Anpassung der zulässigen Arbeitskampfmodi an veränderte betriebliche Realitäten, während andere zentrale Entscheidungen derartige Anpassungen bislang unter Berufung auf Dienst- und Treueverhältnisse gerade nicht vollziehen. Die für die Arbeitnehmerseite grundrechtsbegrenzenden Urteile des BAG zur Aufrechterhaltung von Lohnfindungsmodi nach dem Leitbild der Dienstgemeinschaft in der Diakonie¹³⁸ und die bislang ablehnende Haltung der obersten Gerichte zum Streik von Beamten¹³⁹ erscheinen sowohl in der rechtspolitischen Betrachtung als auch im europäischen Rechtsvergleich als Ausdruck eines Übergangsstadiums¹⁴⁰. Dem Marktcharakter der Arbeitsbeziehungen in der Gesundheits- und Pflegeindustrie bzw. der faktischen Marktnähe zahlreicher Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Sektors tragen sie noch nicht hinreichend Rechnung.

3. Nachteile für das Gemeinwohl durch Flashmob-Aktionen?

Der Flashmob im Arbeitskampf aktualisiert die Palette der Konfliktmodi innerhalb des Tarifmodells. Die Koalitionen unterliegen beim Abschluss von Tarifverträgen und insbesondere auch im Zusammenhang von Arbeitskämpfen zwar anerkannterweise einer Gemeinwohlbindung¹⁴¹. Ein Urteil über seine Wirkung für das volkswirtschaftlich verstandene Gemeinwohl fällt dabei schon deshalb schwer, weil die extensive Betrachtung der vergleichsweise geringen messbaren Wirkung eines einzelnen Arbeitskämpfungsmittels anhand volkswirtschaftlicher Richtgrößen in ihrer Dimension verfehlt erschiene und ein aussagekräftiges Urteil über seine Zuträglich- bzw. Schädlichkeit gleichwohl einer normativen Bewertung der bewirkten Ereignisse des volkswirtschaftlichen Geschehens bedürfte¹⁴². Diese Mängel sind Rechtsprechung und Literatur nicht unbekannt, so dass das „Gemeinwohl“ im Hinblick auf einen einzelnen Tarifvertrag als nicht-justitierbarer Begriff gelten kann¹⁴³, weil angesichts des komple-

¹³⁶ BAG 19.6.2012, NZA 2012, 1374.

¹³⁷ BAG 19.6.2012, NZA 2012, 1372, 1377.

¹³⁸ Kissel betont hierzu ähnlich wie das BAG einen weiteren Klärungsbedarf: Kissel, § 28, Rn. 35 ff.

¹³⁹ Entgegen der h.M. dazu: Däubler/Hensche, § 18a, Rn. 20 ff; dem Streikverbot hingegen zustimmend: Gamillscheg, § 23, S. 1108 f, der auf die Funktion der Beamten für die Hilfe und Sicherung des Gemeinwohls sowie auf fehlende Gegenmittel und Korrektive der staatlichen Arbeitgeber hinweist. Der problematische Charakter des Gemeinwohls wird im folgenden Abschnitt dargelegt.

¹⁴⁰ Däubler/Nitsche, § 18, Rn. 60.

¹⁴¹ Kissel, § 10, Rn. 32 mit weiteren Referenzen; BAG 28.01.1955: BAGE 1, 291, 311.

¹⁴² Vgl. zur normativen Dimension des Schadensbegriffes M. Berg, S. 7, 101 ff.

¹⁴³ Kissel, § 10, Rn. 32 mit weiteren Referenzen.

zen, mitunter antagonistischen Zusammenhangs seiner Teilelemente überzeugende Fixpunkte einer Gemeinwohl-Definition unauffindbar sind¹⁴⁴. Nach dem BVerfG ist die Konkretisierung des Begriffes auf einzelne Sachverhalte der Legislative überantwortet¹⁴⁵, welche letztlich die Gemeinwohlinhalte bestimmt¹⁴⁶. Der Arbeitgerichtsbarkeit kommt in diesem Bereich der ohnehin nur subsidiären staatlichen Regelungszuständigkeit¹⁴⁷ hingegen lediglich ein denkbar kleiner Beurteilungsspielraum zu, so dass sich die Berücksichtigung von wirtschaftlichen Gemeinwohlaspekten bei der gerichtlichen Bewertung von Flashmob-Aktionen auf wenige Gesichtspunkte zurückziehen muss¹⁴⁸.

So trägt die Lohnfindung durch das Tarifsysteem aus dem Blickwinkel der klassisch- beeinflussten Lehren im Allgemeinen zu Arbeitsmarkturnvollständigkeiten bei¹⁴⁹, indem es den angebotsseitigen Wettbewerb für den Faktor Arbeitskraft einschränkt. Gewerkschaften sind entgegen gelegentlich geäußelter Ansicht¹⁵⁰ allerdings keine Unternehmen iSv. Art. 101 f. AEUV und § 1 GWB bzw. § 19 und 20 GWB, ihre Arbeitskampfmittel spiegeln vielmehr eine zentrale Ordnungsentscheidung der deutschen Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik wider¹⁵¹. Eine Einschränkung von Flashmob-Aktionen aufgrund kartellrechtlicher Erwägungen kommt deshalb nicht in Betracht¹⁵². Der Flashmob allein erscheint innerhalb des Wirkungsgefüges des Tarifsystems als zu geringfügiger Faktor, um eine Anhebung des branchenbezogenen Lohnniveaus zu bewirken und so eine Erhöhung der Inflation oder die Veränderung anderer volkswirtschaftlicher Kenngrößen zu verursachen. In der volkswirtschaftlichen Literatur wird schon die reale Möglichkeit einer dauerhaften, volkswirtschaftlich relevanten Anhebung des Lohnniveaus durch das Tarifsysteem bezweifelt¹⁵³, Studien zu den Arbeitsmärkten einiger englischsprachiger Länder legen demgegenüber einen Effekt der Lohnkompression infolge gewerkschaftlicher Vertretung nahe¹⁵⁴.

Wie oben dargelegt ist der Flashmob im Arbeitskampf als Kampfmittel auch zugunsten atypisch Beschäftigter in Dienstleistungsberufen mit niedrigen Qualifikationsanforderungen erfolgversprechend einsetzbar¹⁵⁵, womit es sich praktisch von dem regelmäßig gleichzeitig geführten Streik unterscheidet. Diese Eigenschaft erweitert wenigstens potenziell die Repräsentationsstrategie der Gewerkschaften und verringert daher entsprechend der sozialpolitischen Zielsetzung des Tarifsystems Effekte der branchenübergreifenden Lohnkompression durch eine denkbare Stabilisation der unteren Einkommenssegmente in Dienstleistungsberufen.

Die Wirkung des Tarifmodells auf zentrale Messgrößen der Volkswirtschaft wie der Konjunktur, Inflation oder Beschäftigung ist angesichts ihrer vielgestaltigen Interdependenz hingegen von vornherein nur begrenzt messbar. Borjas unternimmt eine quantitative Beschreibungen möglicher Nachteile des Tarifmodells für die Volkswirtschaft in Gestalt von sozialen Kosten, einer Form von externen Effek-

¹⁴⁴ Kissel, § 10, Rn. 33; vgl. auch schon: BAG 10.06.1980, A V 3 a: BAGE 33, 140, 177 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 65.

¹⁴⁵ BVerfG 18.12.1968: BVerfGE 24, 367 403.

¹⁴⁶ So Häberle, Öffentliches Interesse, S. 470; Badura, AöR 1979, S. 248; Kissel, § 10, Rn. 35.

¹⁴⁷ BVerfG 24.05.1977: BVerfGE 44, 322, 342.

¹⁴⁸ Siehe zur Staatsferne des Arbeitskampfes im Folgenden: S. 60, Nr. 4.

¹⁴⁹ Samuelson, Nordhaus, S. 964; siehe auch Burda, Wyplosz, S. 119.

¹⁵⁰ Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, 2010 (URL: <http://monopolkommission.de/index.php/de/gutachten/hauptgutachten/234-hauptgutachten-xviii>), S. 356, Nr. 1027, BT-Drucks. 17/2600

¹⁵¹ Kissel, § 8, Rn. 12 sowie 21, mit Rückbezug auf Scholz, FS Trinkner, S. 379 f; vgl. auch Badura, AöR 1979, S. 248, 249.

¹⁵² Immenga/Mestmäcker/Zimmer, § 1, Rn. 77; vgl. auch Gamillscheg, § 12, S. 499. Auch die Anwendung des früheren Art. 85 I EG und heutigen Art. 101 AEUV auf Tarifvereinbarungen schloss der EuGH wegen des Vorliegens einer Bereichsausnahme mehrfach aus, vgl. in jüngerer Zeit: EuGH 21.09.1999 - C-67/96 - Albany, Slg. 1999, I-5751, Rn. 59; EuGH 21.09.2000 - C-222/98 - van der Woude, Slg. 2000, I-7111, Rn. 22; vgl. zum Überblick: Däubler/Heuschmid, § 11, Rn. 100 sowie zu jüngeren Tendenzen in der Arbeitskampfrechtsprechung des EuGH, unten: S. 111, Nr. 10.

¹⁵³ Samuelson und Nordhaus sprechen einerseits von möglichen Umverteilungen von nichtorganisierten Arbeitnehmern zu Gewerkschaftsmitgliedern und andererseits von einer Relativierung der Nominallöhne durch inflationstreibende Lohn-Preis-Spiralen bzw. eine erhöhte Arbeitslosigkeit, Samuelson, Nordhaus, S. 369.

¹⁵⁴ Vgl.: Hirsch, S. 253; Burda, Fitzenberger, Lembcke, Vogel, S. 19; Ashenfelter, Card, S. 69; Vogel, S. 1, 2 f.

¹⁵⁵ Siehe oben: S. 22, a) sowie S. 17, Nr. 4.

ten, die anderen Marktteilnehmern zur Last fallen. Seine Annäherung verortet diese Kosten jedoch in der Größenordnung von lediglich 0,2 % des nationalen Einkommens¹⁵⁶. Neuere Untersuchungen zur Rolle des Tarifmodells bei der deutschen Konjunktur-, Außenwirtschafts- und Arbeitsmarktentwicklung streichen demgegenüber die Vorzüge heraus, welche das flexible Lohnfindungssystem der Tarifautonomie in der Vergangenheit für den deutschen Wirtschaftsstandort hatte¹⁵⁷. Dustmann, Fitzenberger, Schönberg und Spitz-Oener argumentieren dabei, dass das deutsche Tarifsysteem die ohnehin sehr streikarme und konsensorientierte Aushandlung von Beschäftigungsmodalitäten¹⁵⁸ auf Branchen- und Unternehmensniveau durch Ausnahmeregelungen wie Öffnungsklauseln ergänze und auch im Vergleich zu den Handelspartnern der Bundesrepublik eine effektive und dezentrale Lohnsteuerung bereitstelle. Die exportorientierte verarbeitende Industrie profitiert nach ihrer Analyse von der seit den 1990er Jahren anhaltenden Stagnation der Reallöhne in der Dienstleistungsbranche¹⁵⁹, was die Erweiterung der tariflichen Kampfmittel um Flashmob-Aktionen als Teil der autonomen Gestaltung des Arbeitsmarkt- und Sozialgefüges nach Art. 9 III GG volkswirtschaftlich unbedenklich erscheinen lässt.

Der Gedanke an statistisch relevante, nachweisbare Nachteile von Flashmob-Aktionen für die deutsche Volkswirtschaft liegt im Ergebnis fern¹⁶⁰. Daher erscheint auch die Einbeziehung einer angeblichen Schädlichkeit des Einsatzes von Flashmob-Aktionen für das volkswirtschaftlich verstandene Gemeinwohl in die arbeitsrechtlichen Argumentation, etwa als Gesichtspunkt einer arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, nicht sachgerecht.

II. Das Umfeld des Arbeitskampfes: Fazit

Der Einsatz von Flashmob-Aktionen als tarifliche Konfliktmodi entspricht den Veränderungen der Wertschöpfungsprozesse und Arbeitsmarktbedingungen vor allem im Handels- und Dienstleistungsbereich. Diese können als strukturelle Disparitäten im Sinne der bekannten Losung des BVerfG¹⁶¹ gelten.

Den Schwerpunkt dieser Disparitäten bilden die verringerte Bedeutung der fertigen Industrie als traditionelles gewerkschaftliches Betätigungsfeld zugunsten des vielgestaltigen Dienstleistungssektors sowie die Spaltung der betrieblichen Belegschaften durch Outsourcing, das Schrumpfen der jeweiligen Betriebsgrößen sowie atypische Beschäftigungsmodi, welche die Organisierung von Arbeitnehmern, insbesondere durch gewerkschaftsnahe Betriebsräte in der Summe erschwert. Die schwindende Zuordnung potenzieller Mitglieder zu einem homogenen Milieu sorgt aber auch in der fertigen Industrie gemeinsam mit der erheblichen Flexibilisierung von Betriebs- und Arbeitsstrukturen wie auch der Berufsbilder für relevante Hürden bei der Gewinnung von Mitgliedern und der wirksamen Interessenvertretung in Tarifkonflikten.

Die Rechtsprechung zum Arbeitskampf ist ein Teil dieses Arbeitskampfkontextes und trägt den genannten Entwicklungen im Falle des Berliner Flashmob im Wesentlichen Rechnung, während das BAG zugleich für Arbeits- und Dienstverhältnisse von Beamten und solchen mit konfessionell ausgerichteten Arbeitgebern Streikverbote in großen Bereichen des Arbeitsmarktes aufrechterhält, welche

¹⁵⁶ Borjas, S. 437.

¹⁵⁷ Dustmann, Fitzenberger, Schönberg, Spitz-Oener, S. 167, 169 ff.

¹⁵⁸ Deutschland erlebte zwischen 1991 und 1999 nur 11 streik- und aussperrungsbedingte Fehltage pro 100.000 Beschäftigte. Diese Zahl sank im Zeitraum zwischen 2000 und 2007 sogar auf 5 Tage, wohingegen die USA in den gleichen Zeiträumen 40 und 32 Fehltage, Großbritannien 33 und 33 Fehltage, Frankreich 73 und 103 Fehltage, Italien 158 und 93 Fehltage und Kanada gar 220 und 164 Fehltage pro 100.000 Beschäftigte zu verzeichnen hatten, vgl. Dustmann, Fitzenberger, Schönberg, Spitz-Oener, S. 177.

¹⁵⁹ Dustmann, Fitzenberger, Schönberg, Spitz-Oener, S. 173 f.

¹⁶⁰ In diesem Sinne auch Goerke, ZfAF 2005, S. 238, 239

¹⁶¹ BVerfG 04.07.1995: BVerfGE 92, 365, 395, 396.

dem Aktualisierungsgedanken zuwiderlaufen. Einer Einbeziehung von Aspekten des volkswirtschaftlich verstandenen Gemeinwohls in die Bewertung von Arbeitskämpfen enthält sich das BAG allerdings seit langer Zeit¹⁶². Diese Haltung entspricht der subsidiären staatlichen Regelungszuständigkeit im Bereich der Tarifautonomie und ist angesichts des geringen Einflusses, den Flashmob-Aktionen ebenso wie das Tarifsysteem als ordnungspolitisches Steuerungssystem selbst auf die Kenngrößen der deutschen Volkswirtschaft hat, zustimmungswürdig.

¹⁶² Anders etwa als der BGH in seiner 2. Entscheidung über die in der Folge des Fluglotsenstreiks vom 31.01.1978, I 2 b: BGHZ 70, 277 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 61; zum Problem der Drittbetroffenheit bei Arbeitskämpfen ausführlich: Kissel, § 28, Rn. 4 ff.

Zweiter Teil:

**Flashmob-Aktionen in Literatur
und Rechtsprechung**

Kap. 4 Entscheidung des BAG vom 22.09.2009

I. Sachverhalt

Am 08.12.2007 verteilten mehrere Personen Streikaufrufe in Flugblattform an verschiedenen Orten in einem Rewe-Supermarkt in Berlin-Friedrichshain und forderten eine Kassiererin auf, sich an dem laufenden Streik zu beteiligen. Unmittelbar darauf betraten zwischen 40 und 50 Personen den Supermarkt und kauften geringwertige Artikel bzw. luden mehrere Einkaufswagen mit Waren voll und ließen sie dann an der Kasse stehen, da sie nach eigener Aussage ihr Geld zum Bezahlen vergessen hatten. In wenigstens einem Fall bejahte eine Aktionsteilnehmerin die Frage einer Kassiererin, ob sie die zahlreichen geringwertigen Artikel in ihrem Einkaufswagen auch bezahlen könne, gab nach dem Einscannen aber vor, ihr Geld vergessen zu haben und ließ den Einkaufswagen im Kassenbereich stehen. Daraufhin klatschten einige Aktionsteilnehmer Beifall und brachten durch Zurufe ihr Wohlgefallen zum Ausdruck¹⁶³. Die genannten Verhaltensweisen führten zur Störung der üblichen Kassiertätigkeit¹⁶⁴.

Die Aktion begann um etwa 10.45 Uhr und dauerte nach der Sachverhaltsangabe des erstinstanzlichen Urteils und der Aussage der Beklagten 45 Minuten, nach jener des Klägers eine Stunde. Ob in ihrem Verlauf, abgesehen von lange haltbaren Lebensmitteln und Cent-Artikeln, auch tiefgekühlte Ware aus den Kühlregalen entnommen wurde, blieb ungeklärt. Eine weitere Einlassung der Klägerin, nach der etwa die Hälfte der Aktionsteilnehmer weder Gewerkschaftsmitglieder noch Angestellte bei einem der Mitgliedsunternehmen des Klägers waren¹⁶⁵, lassen sich ebenfalls nicht abschließend klären. Die Beklagte betonte, dass an der Aktion ausschließlich Gewerkschaftsmitglieder beteiligt gewesen wären¹⁶⁶. In der umstrittenen Frage nach der Effektivität des parallel laufenden Streiks schloss sich das LAG Berlin-Brandenburg der Ansicht von ver.di an, nach der ein verstärkter Einsatz von Leiharbeitnehmern den Streik weitgehend wirkungslos gemacht hatte und die Parität zwischen den Tarifparteien infolgedessen gestört war¹⁶⁷.

II. Anträge

Der zuständige Arbeitgeberverband Berlin-Brandenburg beantragte, die Beklagte zu verurteilen, zukünftige Aufrufe zu vergleichbaren Aktionen zu unterlassen. Zur Begründung rügte er Verstöße im Bereich des Deliktrechts, genauer des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs iSv. § 823 I BGB und der sittenwidrigen Schädigung iSv. § 826 BGB. Zudem hatte er die Verwirklichung der Straftatbestände der Nötigung nach § 240 I StGB, der Sachbeschädigung nach § 303 I StGB und

¹⁶³ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 141.

¹⁶⁴ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 141, 142.

¹⁶⁵ LArbG Berlin-Brandenburg 29.09.2008, 5 Sa 967/08, <http://openjur.de/u/278704.html>, Rn. 22, zuletzt abgerufen am 11.07.2013.

¹⁶⁶ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 142; LArbG Berlin-Brandenburg 29.09.2008, 5 Sa 967/08, <http://openjur.de/u/278704.html>, Rn. 34, zuletzt abgerufen am 11.07.2013.

¹⁶⁷ LArbG Berlin-Brandenburg 29.09.2008: LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 82, S. 9; vgl.: BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 141.

Hausfriedensbruch nach § 123 I StGB beklagt, was auch als Verstoß gegen § 823 II BGB in Verbindung mit den jeweiligen Strafnormen zu werten gewesen wäre. Die Flashmob-Aktion fiel nach seinem Vortrag nicht unter den Schutz des Art. 9 III GG, sei vielmehr mit Betriebsblockaden und Betriebsbesetzungen vergleichbar und kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel¹⁶⁸. Die große Weite in der Formulierung des Verbotsantrages und die Vielzahl der möglichen Verhaltensweisen, die unter ihn fallen, qualifizieren das Begehren des Arbeitgeberverbandes als Globalantrag¹⁶⁹.

Die beklagte Gewerkschaft ver.di verstand die Aktion als zulässige Arbeitsk Kampfmaßnahme, die zur Unterstützung ihres Streiks nötig gewesen sei¹⁷⁰ und beantragte Klageabweisung. Art. 9 III GG stelle den Koalitionen die Wahl der Mittel zur Erzielung von Tarifabschlüssen frei, ihre Aktion sei darüber hinaus auch von Art. 5 I GG geschützt¹⁷¹. Zusätzlich ließ sie sich in der Vorinstanz dahingehend ein, dass nur Gewerkschaftsmitglieder beteiligt gewesen seien, keine Frischware den Regalen entnommen worden sei und die Aktion lediglich etwa 45 Minuten gedauert habe.

III. Entscheidungsgründe des BAG

Das BAG stützte sein Urteil im Wesentlichen auf die Überlegung, dass Maßnahmen, die zur Erreichung tariflicher Ziele eine Störung betrieblicher Abläufe hervorrufen, grundsätzlich von der Betätigungsfreiheit der Tarifparteien im Rahmen des Schutzbereiches von Art. 9 III GG umfasst sind. Dabei konstatierte das Gericht entgegen dem Globalantrag des Arbeitgeberverbandes Berlin-Brandenburg, dass nicht alle erdenklichen Fallgestalten des Flashmob im Arbeitskampf unzulässige Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen¹⁷².

Bei der Prüfung der Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betrachtet das Gericht jede Reglementierung des Arbeitsk Kampfgeschehens zugleich als Beschränkung der Betätigungsfreiheit der Tarifparteien aus Art. 9 III GG, die ihrerseits rechtfertigungsbedürftig ist¹⁷³. Die Tarifautonomie stelle für die Ausgestaltung des Arbeitsk Kampfrechtes sowohl Rechtfertigung als auch Grenze dar¹⁷⁴ und erfordere für ihre Funktionsfähigkeit ein ungefähres Kräftegleichgewicht, wobei sich Maßstäbe, die eine Beurteilung dieser Kampfparität ermöglichen würden, aus Art. 9 III GG nicht entnehmen ließen¹⁷⁵. Zentraler Maßstab für die Beurteilung der Erscheinungsformen sei nach ständiger Rechtsprechung des BAG sowie des BVerfG die Verhältnismäßigkeit¹⁷⁶. Dabei könne die Prüfung gerade bei unorthodoxen Kampfmaßnahmen von verschiedenen abstrakten Faktoren beeinflusst werden, zu denen die Existenz oder Nichtexistenz eigener Opfern des Angreifers, die Erkennbarkeit der Arbeitsk Kampfmaßnahme als solche sowie das Bestehen oder Nichtbestehen von Verteidigungsmöglichkeiten des Adressaten zählen¹⁷⁷.

Als wirksame Gegenmaßnahmen stünden der Arbeitgeberseite im streitgegenständlichen Sachverhalt sowohl die Ausübung des Hausrechts¹⁷⁸ als auch eine kurzzeitige Betriebsschließung¹⁷⁹ zur Verfügung. Eine Betriebsblockade vermochte das Gericht in der Flashmob-Aktion nicht zu erkennen. Sie stelle danach auch weder eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung noch eine Verletzung von Strafnormen dar¹⁸⁰.

¹⁶⁸ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 142.

¹⁶⁹ Weiterführend zum Globalantrag, siehe unten S. 106, Nr. 2.

¹⁷⁰ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 142.

¹⁷¹ LArbG Berlin-Brandenburg 29.09.2008, Nr. 17 des Tatbestandes: LAGE GG Art. 9 Arbeitsk Kampf Nr. 82.

¹⁷² BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 143.

¹⁷³ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 151.

¹⁷⁴ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 152.

¹⁷⁵ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 152.

¹⁷⁶ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 153.

¹⁷⁷ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 154.

¹⁷⁸ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 157, 158.

¹⁷⁹ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 158.

IV. Rezeption des Urteils in Literatur und Wissenschaft

Zahlreiche Literaturstimmen erkennen in der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts eine wichtige Fortbildung des richterrechtlich geprägten Arbeitskampfrechtes¹⁸¹. Ihr Urteil über die inhaltliche Richtigkeit und rechtspolitische Qualität der Rechtsfortbildung fällt naturgemäß unterschiedlich aus, wie auch die Verfassungsbeschwerde des Arbeitgeberverbandes gegen das BAG-Urteil und die dazu eingereichten Schriftsätze erkennen lassen¹⁸².

1. Kritik

Dem Urteil des BAG wurde vielfach vorgeworfen, Verletzungen von Rechtspositionen des Arbeitgebers zu ignorieren.

a) Nähe zur Betriebsblockade und dem Boykott - Eingriffe in die Eigentums- und Berufsfreiheit des Arbeitgebers

Säcker und Mohr erkennen in der BAG-Entscheidung eine Legitimation von gezielten Verletzungen der Berufsfreiheit und des Eigentums durch physische Behinderung in Form von Betriebsblockaden und -besetzungen und diagnostizieren in der Konsequenz den „Tod des bisherigen Arbeitskampfrechtes“¹⁸³.

Das BAG verkenne die Verletzung des Eigentumsrechts in mehrfacher Hinsicht. Zunächst sei die vom Kläger gerügte Entnahme von verderblichen Lebensmitteln aus den Regalen Eigentumsverletzungen¹⁸⁴, wobei von einer Unverkäuflichkeit von verderblichen Waren in der Folge ausgegangen wird. Weiterhin sehen sowohl Säcker und Mohr als auch Tüsing und Waldhoff eine Parallele der Flashmob-Aktion mit Betriebsblockaden¹⁸⁵: Wesentlicher Inhalt des Eigentums sei ein exklusives Verfügungs- und Nutzungsrecht des Berechtigten, das vor allem in den Rechten aus §§ 903, 1004 BGB Gestalt annehme. Diese Normen stellten auch die wesentliche einfachgesetzliche Ausgestaltung der Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG dar. Die Störung der Gebrauchsmöglichkeit an den Betriebsmitteln des Supermarktes konstituierten danach, analog zu der Rechtsprechung zu Betriebsblockaden, eine Verletzung des Eigentumsrechtes¹⁸⁶. Die Flashmob-Aktion käme auch einem Boykott nahe bzw. gleich¹⁸⁷. Die Gleichstellung der Flashmob-Aktion mit der Betriebsblockade wird von Krieger und Günther geteilt¹⁸⁸. Tüsing und Waldhoff sehen Flashmob-Aktionen gegenüber Betriebsblockaden sogar als die intensiveren Eingriffe, weil mithilfe Dritter auch dann Betriebsstörungen möglich seien, wenn Arbeitnehmer zugleich ihre vertraglichen Pflichten erfüllten¹⁸⁹.

Säcker verweist mit Rieble zudem grundsätzlich auf die Absolutheit des Eigentumsschutzes, die durch Arbeitsk Kampfmaßnahmen nicht relativiert werden dürfe¹⁹⁰.

¹⁸⁰ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 160 f.

¹⁸¹ So z.B.: Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 440.

¹⁸² Vgl.: Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 329 ff. sowie zum Ergebnis des Beschwerdeverfahrens: BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 21 f.

¹⁸³ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 440.

¹⁸⁴ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 441, II 2 a.

¹⁸⁵ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 442, II 2 b; Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 355, 356.

¹⁸⁶ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 442, II 2 b.

¹⁸⁷ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 442, III 2, 445 IV 1; 447 IV 2 c.

¹⁸⁸ Krieger, Günther, NZA 2010, S. 21 III 1.

¹⁸⁹ Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 356.

¹⁹⁰ Säcker, NJW 2010, S. 1117, III 1.

b) Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Eine mögliche Rechtfertigung des Eingriffes durch die grundrechtskonforme Betätigung der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 III GG wird von Kritikern der BAG-Rechtsprechung zu Flashmob-Aktionen im Wesentlichen abgelehnt. Säcker und Mohr betonen mit dem BVerfG, dass der Arbeitskampf nicht Selbstzweck sei, sondern der Tarifautonomie dienen müsse¹⁹¹ und werfen dem BAG vor, in der Flashmob-Entscheidung wie auch in dem vielbeachteten Urteil zum Unterstützungsstreik¹⁹² die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Arbeitskampfmaßnahme an dem jeweiligen Arbeitskampfziel der Gewerkschaft als Bezugspunkt festgemacht hätte¹⁹³, was einer Legitimation des Arbeitskampfes durch sich selbst gleichkäme und Arbeitskampffexesse nahelegen würde. Als Alternative verweisen die Autoren auf den Paritätsgrundsatz als sinnvollen Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung, der mit der Flashmob-Aktion jedoch nicht in Einklang gebracht werden könne.

Thüsing und Waldhoff argumentieren ebenfalls gegen einen an Arbeitskampfzielen orientierten Anknüpfungspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dabei entnehmen sie der Warnung des BVerfG vor der drohenden gerichtlichen Kontrolle von Arbeitskampfzielen bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf Angriffsmittel¹⁹⁴ die Invalidität des Prüfungsprogramms als Ganzes¹⁹⁵, sprechen aber im Übrigen keine Empfehlung zu einem alternativen Anknüpfungspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung oder einem gänzlich anderen Prüfungsmaßstab aus.

c) Abkehr vom Friedlichkeitsgebot und Beeinträchtigung der Kampfparität

Teile der Literatur sehen in der Anwendung von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf ein Abkehr von dem Gebot der fairen Kampfführung. Aus ihm ließe sich entnehmen, dass den Parteien des Arbeitskampfes nur die von der Rechtsordnung verfassungskonform zur Verfügung gestellten überkommenen Kampfmittel zu Gebote stünden, nicht aber neuartige¹⁹⁶. Säcker und Mohr stellen die Friedlichkeit der Aktionsform Flashmob in Abrede. Angesichts der physischen Behinderungspraktiken, die eine „Blockade der Kasse“¹⁹⁷ darstelle, sei eine Flashmob-Aktion ein produktionsbehinderndes Kampfmittel¹⁹⁸ und als solches nicht friedlich. Die Einschätzung des BAG in der Entscheidung zu Unterstützungsstreiks, dass

„die Ausübung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Betätigungsfreiheit regelmäßig in ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen des unmittelbaren Kampfgegners oder von Dritten“¹⁹⁹

eingreift, verstehen Säcker und Mohr als Hinweis, dass sich der 1. Senat des BAG vom Friedlichkeitsgebot verabschiedet hätte²⁰⁰. Dabei erkennen Säcker und Mohr in der Flashmob-Aktion eine „gezielte Verletzung absolut geschützter Rechte Dritter“ durch die Beeinträchtigung von „Freiheit und Eigentum“²⁰¹.

Krieger und Günther kritisieren ähnlich wie Thüsing und Waldhoff eine Beeinträchtigung der Kampfparität, da das BAG -Urteil das Kräftegleichgewicht zugunsten der Gewerkschaft verschöbe. Dem Arbeitgeber stünden nach den Vorschlägen des BAG nur untaugliche Gegenmittel zur Verfügung: Die

¹⁹¹ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 443, III 1; BVerfG 26.06.1991: BVerfGE 84, 212.

¹⁹² So ihre Deutung von: BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, 145.

¹⁹³ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 443, III 1.

¹⁹⁴ BVerfG 26.06.1991: BVerfGE 84, 212, 231.

¹⁹⁵ Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 347.

¹⁹⁶ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 443, III 1; im Ergebnis so auch Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 387.

¹⁹⁷ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 444, II.

¹⁹⁸ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 448, V.

¹⁹⁹ BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, 142, Rn. 25.

²⁰⁰ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 447, VI 3.

²⁰¹ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 447, IV 3.

Ausübung des Hausrechts sei mit der praktischen Schwierigkeit der Unterscheidung der Aktionsteilnehmer von normalen Kunden verbunden und käme zudem zu spät, da Kunden sich durch Hindernisse schnell vom Einkauf in dem betreffenden Supermarkt abhalten ließen²⁰². Die Betriebsschließung lege hingegen den Betrieb lahm, so wie die Flashmob-Aktion es habe erreichen wollen²⁰³. Thüsing und Waldhoff sehen ungeklärte Fragen bei der Anwendbarkeit des Hausverbotes, weil in der rechtmäßigen Ausübung der Koalitionsfreiheit durch die Flashmob-Aktion möglicherweise „Rechte Dritter“, iSv. § 903 BGB zu sehen seien, was zu Rechtsstreitigkeiten führen könne. Weiterhin sei eine Ausübung aber auch nicht praktikabel, weil ein Berechtigter gegenüber den Aktionsteilnehmern in der Minderzahl wäre und deshalb sowohl einer psychischen Hemmung unterläge als auch durch eine Eskalation der Aktion bedroht sei. Aus diesen Gründen sei auch eine Befolgung durch die Aktionsteilnehmer unwahrscheinlich, zudem sei eine Unterscheidung zwischen Kunden und Aktionsteilnehmern schwer zu treffen. Insgesamt sei die Durchführung des Hausverbotes auch zu zeitintensiv und würde außerdem auf eine systemwidrige Beteiligung des Staates an Fragen des Arbeitskampfes hinauslaufen²⁰⁴. Letzter Aspekt überrascht, weil die Durchsetzung von zivil- bzw. strafrechtlichen Ge- und Verboten innerhalb wie außerhalb des Arbeitskampfes schon immer Sache der Judikative und Exekutive war.

d) Beteiligung von Nicht-Betriebsangehörigen, Eskalationsgefahr und strafrechtliche Aspekte

Thüsing und Waldhoff gehen davon aus, dass im Fall des vom BAG beurteilten Flashmobs in Berlin Nicht-Betriebsangehörige einen relevanten Teil der Flashmob-Aktivisten ausgemacht hätten, wobei von einem Überschreiten des Schutzbereichs von Art. 9 III GG auszugehen sei²⁰⁵. Das mögliche Fehlen der Grundrechtsträgerschaft eines Teils der Aktionsteilnehmer iSv. Art. 9 III GG zieht nach dieser Betrachtung die Rechtmäßigkeit der gesamten Aktion in Zweifel²⁰⁶. Krieger und Günther verweisen zudem auf eine Eskalationsgefahr, die von der aufrufenden Gewerkschaft und dem betroffenen Arbeitgeber regelmäßig nicht kalkulierbar wäre²⁰⁷, so dass resultierende Risiko bereits in einer nicht näher umrissenen „abstrakten Verhältnismäßigkeitsprüfung“ berücksichtigt werden müsse²⁰⁸.

e) Persönlichkeitsrecht der arbeitswilligen Mitarbeiter

Anlässlich des Flashmobs am Berliner Ostbahnhof schoben einige Aktionsbeteiligte volle Einkaufswagen zur Kasse und erklärten dort, ihr Geld zum Bezahlen vergessen zu haben. Weil die Erklärung unter dem zustimmenden „lauten Johlen des Mobs“²⁰⁹ erfolgt sei, sehen Krieger und Günther eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der betroffenen Mitarbeiter. Dieser Grundrechtseingriff schließe nach Ansicht der beiden Autoren die vom BAG angenommene Verhältnismäßigkeit der Flashmob-Aktion aus. Das Verhalten der Gruppe habe die arbeitswilligen Mitarbeiter zum bloßen Objekt der Kampfmaßnahme degradiert²¹⁰.

²⁰² Krieger, Günther, NZA 2010, S. 21, III 4; Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 361, 362.

²⁰³ Krieger, Günther, NZA 2010, S. 21, III 4.

²⁰⁴ Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 364, 365.

²⁰⁵ Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 350 ff.; Rieble, NZA 2008, S. 797.

²⁰⁶ Siehe dazu: S. 46, e).

²⁰⁷ Krieger, Günther, NZA 2010, S. 21, III 2; so auch Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 357. Vgl. demgegenüber oben: S. 15, cc).

²⁰⁸ Krieger, Günther, NZA 2010, S. 21, III 2.

²⁰⁹ Krieger, Günther, NZA 2010, S. 21, III 4.

²¹⁰ Krieger, Günther, NZA 2010, S. 21, III 4.

2. Zustimmung

Von Seiten der Gewerkschaften wurde das Urteil des BAG zustimmend aufgenommen. Bei einer Einschätzung über die strategische Rolle von Flashmob-Aktionen im Kampfmittelspektrum beschreibt Klebe die Arbeitskampfmaßnahme als eher symbolisch und als Akt des passiven Widerstandes, der zur Anwendung kommen könne, wenn herkömmliche Arbeitskampfmaßnahmen keine Wirkung erzielen²¹¹. Dabei empfiehlt er, die Aktionsform nicht autonom, sondern nur zur Begleitung von herkömmlichen Arbeitskämpfen einzusetzen. Im Falle der Flashmob-Aktion bei REWE sei der reale wirtschaftliche Schaden gering gewesen und habe im Wesentlichen in etwa einer Stunde Aufräumen bestanden. Dem Vorwurf der Unkontrollierbarkeit des Arbeitskampfmittels begegnet er mit der Empfehlung an aufrufende Gewerkschaften, die breite Öffentlichkeit nicht an derartigen Aktionen zu beteiligen, sondern vielmehr ähnlich wie ver.di im Fall der Aktion am Ostbahnhof nur einem eingeschränkten Personenkreis die zur Teilnahme notwendigen Informationen zukommen zu lassen²¹².

V. Die Entscheidung des BAG vom 22.09.2009: Übersicht und Schlüsse

Gegenstand der Flashmob-Entscheidung vom 22.09.2009 war eine 45 bis 60 Minuten dauernde Aktion von etwa 45 Personen, die nach einem Aufruf von ver.di in einem Supermarkt zum einen Teil Gegenstände zu Kleinstbeträgen kauften, zum anderen Teil in einzelnen Einkaufswägen sehr viele Waren zu den Kassen brachten, dort aber nicht bezahlten und so die Kassiertätigkeit beeinträchtigten. Der Revisionsantrag des klagenden Arbeitgeberverbands rügte Verstöße gegen § 823 I BGB iVm. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und § 826 BGB sowie gegen § 240 I, § 303 I und 123 I StGB, wurde aber vom 1. Senat des BAG weitgehend im Einklang mit den Vorinstanzen zurückgewiesen. Das BAG ging dabei von einem Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb aus, der aber wegen der zulässigen Ausübung der Koalitionsfreiheit iSv. Art. 9 III GG gerechtfertigt sei, so dass vergleichbare Aktionen nicht als allgemein unzulässig anzusehen seien.

Das Urteil rief erwartungsgemäß ein geteiltes Echo hervor. Insbesondere Kritiker nehmen es als Paradigmenwechsel im Arbeitskampf wahr²¹³ und betonen die vermutete Unkontrollierbarkeit des Konfliktmodus Flashmob sowie die Einbindung betriebs- und gewerkschaftsferner Personen²¹⁴, welche leicht zu Exzessen führe²¹⁵. Diese Hinweise auf mögliche Exzesse sind zwar empirisch nicht überprüfbar und auch argumentativ nur schwach untermauert²¹⁶, deuten aber darauf hin, dass der disziplinierten Organisation und Schulung der Aktionsbeteiligten eine besondere Bedeutung für die Bewertung der Rechtmäßigkeit von Flashmob-Aktionen zukommt.

VI. Die Entscheidung des BVerfG vom 26.03.2014

In seiner Entscheidung zur Verfassungsbeschwerde gegen das Flashmob-Urteil des BAG schließt sich das BVerfG ohne Einschränkungen der Sichtweise des BAG an.

²¹¹ Klebe, Mitbestimmung 2009, S. 58.

²¹² Klebe, Mitbestimmung 2009, S. 58.

²¹³ So etwa: Säcker, NJW 2010, S. 116 mit weiteren Nachweisen.

²¹⁴ Vgl.: Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 351, 352 f.; Krieger, Günther, NZA 2010, S. 22.

²¹⁵ Krieger, Günther, NZA 2010, S. 22; Kersten, S. 76 f., 81; vgl. im Übrigen oben: S. 14 f., bb) und cc).

²¹⁶ Vgl. die entsprechend ablehnende Ansicht des BVerfG zu der vor dem BAG vorgetragenen Möglichkeit der Begehung von Straftaten aus Flashmob-Gruppen hinaus: BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 28; siehe ebenfalls oben: S. 14 f., bb) und cc).

Das Gericht betont dabei, dass von einem *numerus clauses* an Arbeitskampfmitteln keine Rede sein könne. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Verfassungsgeber etwa in den traditionellen Ausprägungen von Streik und Aussperrung den Ausdruck eines prästabilen Gleichgewichtes zwischen den Tarifparteien erkannt hätte. Aus der Bedeutung des Art. 9 III GG als Freiheitsrecht der Koalitionen und aus der Staatsferne der Koalitionsfreiheit folge die freie Wahl der Kampfmittel²¹⁷. Der Schutz der gegenläufigen Interessenausübung vor staatlicher Einflussnahme reiche insbesondere auch so weit, als die Tarifparteien „Kampfmittel mit beträchtlichen Auswirkungen auf den Gegner und die Allgemeinheit“ einsetzen²¹⁸. Bei der Frage der Koalitionsspezifität einer Koalitionsbetätigung, spricht sich das BVerfG mit dem BAG gegen eine typologische Betrachtung aus und erklärt vielmehr das Ziel der Handlung für die Einbeziehung in den Schutzbereich des Art. 9 III GG für maßgeblich²¹⁹. Das Gericht bestätigt in der Folge die Verfassungskonformität der vom BAG genutzten Kriterien zur Bewertung der Flashmob-Aktionen, wozu insbesondere auch der Einsatz eines Kampfmittels zählt, das keine Selbstschädigung der Tarifpartei beinhaltet, die es einsetzt²²⁰.

Zuletzt sei der vom BAG zur Bewertung der Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf zentral genutzte Maßstab der Verhältnismäßigkeit zwar inhaltlich unbestimmt, dogmatisch aber hinreichend detailliert durchformt. Dementsprechend ergeben sich aus der Sicht des BVerfG auch keine Konflikte mit dem Bestimmtheitsgrundsatz²²¹.

²¹⁷ BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 23.

²¹⁸ BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 24.

²¹⁹ BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 27.

²²⁰ BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 27.

²²¹ BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 40, 41.

Kap. 5 Flashmob-Aktionen und Koalitionsfreiheit

Das BAG rechtfertigt den Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch den Flashmob im Arbeitskampf als zulässige Ausübung der Koalitionsbetätigungsfreiheit aus Art. 9 III GG. Der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit enthält nach Ansicht des BAG und BVerfG demnach mit der Koalitionsbetätigungsfreiheit und einer komplementären freien Kampfmittelwahl der Koalitionen Schutzzinhalte, deren historische und teleologische Begründung auch den Einsatz von Flashmob-Aktionen als Arbeitskampfmittel umfassen²²².

I. Reichweite und Inhalte der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 III GG

Grundlage des Einsatzes von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf und folglich auch ihrer Rechtfertigung durch das BAG ist die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG, welche die Möglichkeit verbürgt, Tarifverträge zu schließen und den jeweiligen Inhalt durch staatsfreie Verhandlungen, notfalls durch Arbeitskampfmaßnahmen zu bestimmen²²³.

Als Sicherung sozialer Selbstverantwortung und gesellschaftlicher Autonomie abhängig Beschäftigter hat das Grundrecht einen engen Bezug zum Sozialstaatsprinzip, welches in Art. 9 III GG eine gesellschaftlich wichtige Konkretisierung erhält²²⁴. Die soziale Schutzwirkung und Aufgabe des Grundrechts drückt sich in dem Gedanken aus, dass Mitglieder durch die Durchsetzungsfähigkeit der Koalition Schutz vor dem typischerweise übermächtigen sozialen Gegenspieler finden können. Dieser Zusammenhang ist in der unmittelbaren Drittwirkung des Grundrechts nach Art. 9 III S. 2 GG normiert und auf den verfassungsrechtlichen Begriff gebracht, denn wenn zwar der Staat gemäß Art. 1 III GG unmittelbar, der soziale Gegenspieler aber nur über die mittelbare Drittwirkung an das Grundrecht gebunden wäre, verlöre es einen Gutteil seiner Schutzfunktion. Der Bestand der Koalitionsfreiheit im bundesrepublikanischen Sinn spiegelt eine zentrale ordnungspolitische Gestaltungsentscheidung des Grundgesetzgebers wider, nach der die Preisbildung am Arbeitsmarkt weitgehend staatsunabhängig zu gestalten ist²²⁵.

1. Funktionstüchtigkeit der Tarifautonomie und Koalitionsbetätigungsfreiheit

Das Grundrecht aus Art. 9 III GG beinhaltet die Koalitionsbetätigungsfreiheit²²⁶, welche der Erhaltung einer funktionsfähigen Tarifautonomie dient. Nach dem BVerfG ist die Tarifautonomie darauf

²²² Vgl. zuletzt: BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014.

²²³ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 149.

²²⁴ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, S. 127, Rn. 155; zur Konkretisierung des Sozialstaatsprinzip durch die Koalitionsfreiheit und den Schwächen der entsprechenden Argumentation instruktiv: Engels, S. 348; Gamillscheg, § 3, S. 131 mit weiteren Nachweisen.

²²⁵ Vgl. im rechtstheoretischen Überblick: Rütters, S. 52 ff., Rn. 76 f.

²²⁶ Epping/Hillgruber/Cornils, Art. 9, Rn. 61; BVerfG 14.04.1964: BVerfGE 17, 319, 333; BVerfG 14.11.1995: BVerfGE 93, 352, 359.

angelegt

„die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und somit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.“²²⁷

Dementsprechend ist die Erhaltung einer funktionstüchtigen Tarifautonomie auch ein zentrales Motiv der aktuellen BAG-Rechtsprechung bei der Bewertung von Arbeitskämpfmaßnahmen²²⁸. Die Erreichung dieses notwendigerweise nicht im Detail bestimmten Zielhorizontes soll nach dem Sinn und der Historie der Koalitionsfreiheit möglichst weitgehend staatsfrei erfolgen. Die vom BVerfG formulierte, vielzitierte Bedingung für die Zulässigkeit legislativer Eingriffe in das Tarifgeschehen kann vor allem auch angesichts ihrer Restriktivität als Maßstab für die staatliche Regulation des Arbeitskampfes im Allgemeinen Geltung beanspruchen:

„Die Koalitionen müssen ihren verfassungsrechtlich anerkannten Zweck, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern, insbesondere durch den Abschluß von Tarifverträgen erfüllen können. (...) Der Gesetzgeber ist allerdings nicht verpflichtet, Disparitäten auszugleichen, die nicht strukturell bedingt sind, sondern auf inneren Schwächen einer Koalition beruhen. Der Organisationsgrad einer Koalition, ihre Fähigkeit zur Anwerbung und Mobilisierung von Mitgliedern und ähnliche Faktoren liegen außerhalb der Verantwortung des Gesetzgebers. Er ist nicht gehalten, schwachen Verbänden Durchsetzungsfähigkeit bei Tarifverhandlungen zu verschaffen.“²²⁹

Die Beantwortung der Frage nach der Natur von Disparitäten im paritätischen Tarifprozess ist stets nur zeitlich und inhaltlich begrenzt möglich, ansonsten drohen gewonnene Gewissheiten von der gesellschaftlichen Realität überholt zu werden. Die eingehende Betrachtung der Branchen, in denen Flashmob-Aktionen bislang Anwendung fanden, legen die Existenz struktureller Ursachen für aktuell bestehende Disparitäten im Verhandlungsgleichgewicht der Tarifpartner nahe²³⁰.

2. Historische Grundlage

Die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 III GG, nicht etwa die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG, ist die verfassungsrechtliche Grundlage von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf. Während die allgemeine Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 I GG weithin als unmittelbare Frucht liberalen Gedankenguts des 19. Jahrhunderts verstanden wird, welches die politische Emanzipation der bürgerlichen Gesellschaft gegenüber dem obrigkeitlich-monarchistisch geprägten Staat betonte, wurzelt die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG ideengeschichtlich im Kampf der Arbeitnehmer und Arbeitgeber um Löhne und Arbeitsbedingungen²³¹. In diesem Konflikt spielt der Staat zwar eine wichtige, oft entscheidende Rolle, in erster Linie standen und stehen sich jedoch private Akteure gegenüber. Die Koalitionsfreiheit ist dabei gleichwohl weniger ein Produkt sozialistischen Gedankenguts, sondern folgt vielmehr in Form und Inhalt vielmehr ebenso wie die allgemeine Versammlungsfreiheit liberalen Grundsätzen²³². Die Selbsthilfe im Verband mit Anderen bildet den funktionalen wie ideologischen Ausgangspunkt der Tätigkeit der Koalitionen. Die Freiheit, überhaupt selbstbestimmt und staatsfrei zu agieren, ist ein Kern ihres Selbstverständnisses. Diese Maximen sind Derivate aus dem formalen Freiheitsverständnis des klassischen Liberalismus und standen bei der Entstehung der Koalitionsfreiheit ebenso Pate wie bei der Bildung von rationalen und flexiblen Organisationsformen²³³. Nach

²²⁷ BVerfG 26.06.1991: BVerfGE 84, 212, 229; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 9, Rn. 39.

²²⁸ BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, 140, Rn. 20.

²²⁹ BVerfG 04.07.1995: BVerfGE 92, 365, 395, 396.

²³⁰ Siehe oben: S. 22, Nr. 1.

²³¹ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, Rn. 10.

²³² Siehe auch: Däubler/Wroblewski, § 17, Rn. 8.

²³³ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, Rn. 10.

einer wechselhaften Geschichte der Koalitionsfreiheit im 20. Jahrhundert²³⁴ erfuhr das Grundrecht mit der Verabschiedung des Grundgesetzes in Art. 9 III GG zunächst für Westdeutschland ihre heutige Kodifizierung, die Notstandsgesetzgebung der späten sechziger Jahre fügte lediglich den dritten Satz des dritten Absatzes hinzu.

3. Struktur

Die Koalitionsfreiheit ist in erster Linie ein Freiheitsrecht²³⁵, das sich in ein individuelles und ein kollektives Freiheitsrecht²³⁶ teilt. Letzteres enthält nach Kemper vier Teilgarantien: Die Koalitionsbestands-, die Koalitionszweck-, die Koalitionsverfahrens- und die Koalitionsmittelgarantie. Insbesondere die Koalitionszweck- sowie die Koalitionsmittelgarantie verdienen mit Blick auf die hiesige Fragestellung eine nähere Betrachtung. Kemper ist bei seiner Einschätzung zuzustimmen, dass Art. 9 III GG eine Institutsgarantie nur im Hinblick auf die Tarifvertragsfreiheit enthält, die den Koalitionen eine kompetentielle Freiheit verleiht, welche aber der Ausgestaltung durch Gesetzesrecht offensteht²³⁷. Die Betätigungsfreiheit der Koalitionen ist davon nicht umfasst, so dass auch die aus ihr folgende Arbeitskampffreiheit nicht als bloße Institutsgarantie verbürgt ist sondern vielmehr einen Teil des Schutzbereiches des Grundrechts ausmacht²³⁸.

a) Koalitionsbetätigungsfreiheit und Art. 9 III S. 2 GG

Das Recht zur Führung von Arbeitskämpfen wird von der Rechtsprechung unmittelbar aus dem Tatbestand des Art. 9 III GG begründet. In der Literatur wird aber davon abgesehen auch noch das Konzept einer von außerhalb des Art. 9 III GG hergeleiteten externen Betätigungsfreiheit mit jeweils unterschiedlichem Begründungsfundament diskutiert²³⁹. Engels deutet im Bezug auf den Gedanken einer eigenständigen externen Betätigungsfreiheit an, dass die in Art. 9 III S. 2 GG normierte unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts in Rechtsprechung und Lehre wenig Beachtung gefunden hat und zudem dogmatische Widersprüche bei der Betrachtung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit aufwirft: Ordnet man mit der Rechtsprechung und der Mehrheit der Literatur alle Regelungsinhalte des Art. 9 III S. 1 GG dem Schutz des Art. 9 III S. 2 GG zu, stößt man auf ein gewichtiges Argument gegen die Annahme einer externen Betätigungsfreiheit: Arbeitsk Kampfmaßnahmen wären nach Art. 9 III S. 1 GG geschützt, angesichts ihrer Beeinträchtigungswirkung gegenüber dem sozialen Gegenspieler nach Art. 9 III S. 2 GG jedoch wieder verboten²⁴⁰. In der Beeinträchtigung der Freiheit des sozialen Gegenspielers liegt jedoch gerade die eigene, im Grundrecht aus Art. 9 III GG mitverbürgte Freiheitsausübung²⁴¹. Mit Engels ist anstatt der Verneinung jeglicher externer Betätigungsfreiheit deshalb vielmehr die Ausdehnung der unmittelbaren Drittwirkung aus Art. 9 III S. 2 GG wenigstens auf die kollektive Ausübung der Betätigung abzulehnen²⁴².

²³⁴ Zum Überblick über die Entwicklung der Koalitionsfreiheit und des Tarifwesens von der direkten und indirekten Zwangsschlichtung in Tarifkonflikten durch staatliche Behörden in den 1920er Jahren über die Treuhänder der Arbeit und die „Betriebsführer“ der Nationalsozialisten zu den staatlich kontrollierten Gewerkschaften der DDR, deren „Tarifsystem“ keine Arbeitgeberverbände vorsah, siehe: Kroeschell, S. 56 ff., 101 ff., Däubler/Däubler, § 5.

²³⁵ MKS/Kemper, Art. 9, Rn. 82.

²³⁶ MKS/Kemper, Art. 9, Rn. 82.

²³⁷ MKS/Kemper, Art. 9, Rn. 84.

²³⁸ Vgl.: MKS/Kemper, Art. 9, Rn. 84; so im Ergebnis auch Engels, S. 263–276.

²³⁹ Siehe instruktiv: Engels, S. 162 ff.

²⁴⁰ Engels, S. 188.

²⁴¹ Engels, S. 188.

²⁴² Engels, S. 188, 189.

b) Schutzbereichs- und Schrankenausgestaltung des Art. 9 III GG anhand einer „doppelt gestuften Gegenseitigkeitsordnung“?

Nach Kerstens Meinung vernachlässigt das BAG sowohl bei seiner Interpretation des personellen wie auch sachlichen Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit deren Charakter als „doppelt gestufte Gegenseitigkeitsordnung“²⁴³. Das Gericht missinterpretiere daher den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, indem es die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Aktion unter die Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft stelle. Weiterhin wirft er dem BAG eine Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Art. 9 III GG ohne „arbeitsrechtliches Zurechnungskriterium“ vor.

Kersten stützt sein Verständnis der Koalitionsfreiheit als „doppelt gestufte Gegenseitigkeitsordnung“ wesentlich auf eine Lehre Haverkates²⁴⁴, der wiederum die Schriften Adam Müllers für seine Verfassungslehre nutzbar macht.

aa) Objektiv-rechtliches Verständnis der Koalitionsfreiheit als „Gegenseitigkeitsordnung“

Kerstens Blick auf Flashmob-Aktionen und Haverkates Sicht der Koalitionsfreiheit fußen auf rechtsphilosophischen Erwägungen zur Funktion von Gesetzen in Relation zu den Freiheiten der Rechtssubjekte, nach denen dem Gesetzgeber die Kompetenz zum Ausgleich der kollidierenden grundrechtlichen Freiheiten zusteht²⁴⁵. Ein zu erlassendes „gutes“ Gesetz würde ihnen zufolge jeweils einen „glücklichen“ Ausgleich zwischen den konfligierenden Interessen finden. Das Ergebnis wäre eine Norm, die sich der Sache nach als Vertrag zwischen den Betroffenen denken ließe²⁴⁶. Dieser Ansatz stützt sich auf die Gedanken Müllers, der von der „Gegenseitigkeit aller Verhältnisse“ ausgeht und ebenfalls postuliert, dass in einem „freien Staate“ sich ein Gesetz auch „als Kontrakt, als Vergleich: als Resultat einer Vermittlung zwischen zwei notwendigen und unvermeidlichen Extremen“ darstelle.

Kersten leitet aus dieser „Gegenseitigkeitsordnung“ des Art. 9 III GG eine sachliche Schutzbereichsausgestaltung der Koalitionsfreiheit ab, die erheblich enger ist als die in der Rechtsprechung des BAG verwandte²⁴⁷. Seine Kritik an der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch das BAG basiert ebenfalls auf diesem Verständnis. Die argumentative Beschäftigung mit der Reichweite des personellen Schutzbereichs des Art. 9 III GG geht dabei allerdings nicht über die Feststellung hinaus, dass die Einbeziehung eines nicht genauer definierten Personenkreises aus „Dritten“ in Flashmob-Aktionen gegen eine von der Verfassung geforderte Rückbindung der kollektiven Koalitionsfreiheit an die individuelle Koalitionsfreiheit verstoße²⁴⁸.

Auch sieht Kersten in der Flashmob-Aktion eine Verletzung des „absoluten“ Eigentumsrechtes an dem betroffenen Gewerbebetrieb, die eine Überschreitung des sachlichen Schutzbereichs des Art. 9 III GG bedinge. Auch hier beruht seine Argumentation allerdings nicht auf verfassungsrechtlichen Argumentationsgesichtspunkten²⁴⁹, die einer verfassungsrechtlichen Prüfung und Erörterung zugänglich wären, sondern lediglich auf der von ihm postulierten „koalitionären Gegenseitigkeitsordnung“²⁵⁰.

Zu der vom BAG vorgenommenen Schrankenausgestaltung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt Kersten lediglich fest, dass nach einem „institutionellen“ Verständnis des Grundrechtes im Sinne

²⁴³ Kersten, S. 65.

²⁴⁴ Kersten, S. 42.

²⁴⁵ Haverkate, S. 242.

²⁴⁶ Haverkate, S. 242 mit Bezug auf Müller, Vom Geiste der Gemeinschaft.

²⁴⁷ Siehe detaillierter unten: S. 43, cc).

²⁴⁸ Kersten, S. 64; zur Teilnahme Nicht-Betriebsangehöriger an Flashmob-Aktionen siehe demgegenüber weiterführend: S. 46, e).

²⁴⁹ Zum absoluten Recht des Eigentums als Gesichtspunkt in der arbeitskampfrechtlichen Debatte siehe: S. 71, Nr. 3.

²⁵⁰ Kersten, S. 65.

der „Gegenseitigkeitsordnung“ eine „objektiv-rechtliche“ Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit von Flashmob-Aktionen angezeigt sei, welche nicht den Tarifparteien obliegen könne²⁵¹, sondern mutmaßlich von den Arbeitsgerichten durchgeführt werden müsste²⁵².

bb) Stellungnahme

Die komplexe Interaktion zwischen der Grundrechtsordnung und den individuellen Grundrechtsträgern wird von vielfältigen Parametern beeinflusst. Ohne an dieser Stelle eine Abbildung zu versuchen, sei festgestellt, dass die Koalitionsfreiheit ebenso wie andere Grundrechte auch deshalb die Form eines abstrakten Rechssatzes hat, weil die zahlreichen Normadressaten gerade keine persönliche Einigung über die unendliche Vielzahl möglicher Fallgestaltungen erzielen könnten, die in ihren Regelungsbereich fällt. Die Einigung über den Inhalt von Rechtssätzen wie der Koalitionsfreiheit ist u.a. deshalb dem Grundgesetzgeber überantwortet und somit der persönlichen Sphäre der Normadressaten entzogen²⁵³. Die Bewertung der konkreten Fallgestalten ist Aufgabe der Judikative, so dass für einen fiktiven „gegenseitigen Vertrag“ zwischen den Normadressaten kein Raum bleibt²⁵⁴.

Kerstens und Haverkates theoretisches Konzept der Grundrechte bleibt in seiner Konsistenz daher als Ganzes hinter Ansätzen zur Interpretation der deutschen Verfassung als stark durch Institutionen geprägtes Gebilde zurück, welche seit den 1960er Jahren in unterschiedlichen Ausprägungen diskutiert wurden²⁵⁵. Schon aufsehenerregende Entwürfe wie die von Häberle²⁵⁶ und Alexy²⁵⁷ haben im Schrifttum und der Rechtsprechung keine geschlossene Gefolgschaft gefunden oder gar zu einer breit anerkannten, „institutionellen“ Grundrechtsdogmatik geführt. Stattdessen wurde lediglich die Ergänzung der primär freiheitsrechtlichen Ausprägung der Grundrechte durch die Rechtsprechung des BVerfG anerkannt, welche richterrechtliche Prüfungsstrukturen und Bewertungsgesichtspunkte wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und im Fall der Koalitionsfreiheit auch der Parität in den Prüfungsablauf der Grundrechte integriert.

Kerstens Interpretation der Koalitionsfreiheit als Gegenseitigkeitsordnung fusst demgegenüber auf einem verfassungsrechtlich nicht nachvollziehbaren Verständnis der Herkunft und Bedeutung sowie der verfassungsmäßig sachgerechten Handhabung der Koalitionsfreiheit. Sie ist daher abzulehnen.

cc) Schutzbereichs- und Schrankenbestimmung nach einer „Gegenseitigkeitsordnung“: Fazit

In der Konsequenz entbehrt Kerstens Kritik an der Schutzbereichs- und Schrankenausgestaltung durch das BAG der Grundlage. Die Frage nach der Weite des personellen Schutzbereichs des Art. 9 III GG kann bei Flashmob-Aktionen daher nicht schon mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit unspezifizierter „arbeitsrechtlicher Zurechnungskriterien“ der Aktionsteilnehmer und einer „Rückbindung“

²⁵¹ Kersten, S. 63, 70, 91.

²⁵² Insofern ist Kerstens Parteinahme für eine „objektiv-rechtliche“ Prüfung nicht abschließend deutlich.

²⁵³ Zum Selbstverständnis des BAG und den Rechtsquellen des Arbeitskampfrechts am Beispiel der Aussperrung in den 1980er Jahren, vgl.: BAG, 26.04.1984, BAGE 58, 138, 149.

²⁵⁴ Haverkates Theorie der „Gegenseitigkeitsordnung“ ist als Grundrechtsdogmatik nicht konsistent. Sie ist hingegen gut dazu geeignet, Erklärungsansätze für politische Entscheidungen im Sinne bestimmter weltanschaulicher Ausrichtungen bereitzustellen. In diesem Sinne äußert sich Haverkate auch selbst, etwa zum Thema von Quotenregelungen zugunsten „bestimmter Minderheiten und Frauen“ im Arbeitsleben. Derartig detaillierte Schlüsse aus Verfassungsnormen auf das politische Tagesgeschäft sind nicht in der Verfassung angelegt, sondern vielmehr der demokratisch legitimierten Legislative bzw. dem BVerfG überlassen.

²⁵⁵ Zur Veranschaulichung der Diskussion am Beispiel des Art. 9 III im Allgemeinen und des Arbeitskampfes im Speziellen: Treber, S. 273 ff.

²⁵⁶ Häberle, Peter, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz : zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 1962.

²⁵⁷ Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, 1988.

der kollektiven Koalitionsfreiheit an die individuelle Koalitionsfreiheit im Sinne einer Gegenseitigkeitsordnung beantwortet werden. Nicht-Betriebsangehörige sind daher entgegen seiner Auffassung unter bestimmten Umständen²⁵⁸ in den Schutzbereich des Art. 9 III GG einzubeziehen.

Auch der sachliche Schutzbereich des Art. 9 III GG wird entgegen Kerstens Ansicht nicht schon aufgrund des Eingriffes in das „absolute“ Eigentum durch eine Flashmob-Aktion im Arbeitskampf überschritten²⁵⁹. Die Zulässigkeit von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf ist vielmehr erst nach Abschluss des herkömmlichen Prüfungsablaufs aus der Abgrenzung des Schutzbereichs, der Feststellung eines Eingriffes und der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu ermitteln. Die von Kersten geforderte Präklusion des Kampfmittels schon auf Schutzbereichsebene würde die freiheitsrechtliche Schutzfunktion des Grundrechts erheblich verkürzen²⁶⁰ und kann deshalb jedenfalls nicht auf die sachferne Absolutheit des Eigentums in Kombination mit dem unscharfen Konzept der Gegenseitigkeitsordnung gestützt werden.

Kerstens Kritik an der Einräumung einer Einschätzungsprärogative der Tarifparteien über die Geeignetheit und Erforderlichkeit von Flashmob-Aktionen kann angesichts der Staatsferne des Arbeitskampfes²⁶¹, die das freiheitsrechtliche Gepräge des Art. 9 III GG wesentlich mitbedingt, ebenfalls nicht gefolgt werden. Weiterhin ist die wertungsfreie Betrachtung der Legitimität eines Arbeitskampfzweckes keinem Rechtsanwender möglich²⁶². Entsprechend ist auch die von Kersten geforderte „objektiv-rechtliche“ Bewertung der Geeignetheit und Erforderlichkeit von Flashmob-Einsätzen durch Arbeitsgerichte nicht durchführbar. Die Kritik Kerstens an der Interpretation des Schutzbereichs und der Schranken des Art. 9 III GG durch das BAG bei Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf überzeugt im Ergebnis vor allem angesichts seines gedanklichen Ausgangspunktes in einer Grundrechtsdogmatik, die mit der bundesrepublikanischen Verfassungstheorie und -historie im Dissens steht, im Ergebnis nicht.

c) Individuelle Koalitionsfreiheit als Quelle der kollektiven Koalitionsfreiheit

Die Frage, in welcher dogmatischen Beziehung die kollektiven Rechte des Grundrechts aus Art. 9 III GG zu seinen individuellen Gewährleistungen stehen, ist umstritten. Eine Mehrheit in der Literatur sowie die Rechtsprechung gehen von einer eigenen Grundrechtsträgerschaft der Koalitionen im Rahmen des Doppelgrundrechts der Koalitionsfreiheit aus²⁶³, wohingegen Scholz den Schutz des Art. 9 III GG nur im Verbund mit Art. 19 III GG auf Koalitionen ausdehnen möchte²⁶⁴.

Das BAG griff die überwiegend zustimmende Sicht der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zur eigenständigen Grundrechtsträgerschaft der Koalitionen in der Weimarer Zeit²⁶⁵ schon in seiner frühen Rechtsprechung auf²⁶⁶. Neben historischen Argumenten spricht aber letztlich vor allem die normzweckorientierte Sichtweise für die Grundrechtsträgerschaft der Koalitionen: Die Gewährleistung einer Koalitionsfreiheit zugunsten der individuellen Grundrechtsträger ist nur sinnhaltig, wenn auch die von ihnen gebildeten Verbände eine Grundrechtsträgerschaft für sich beanspruchen können. Könnte

²⁵⁸ Zu diesen Umständen zählen die allgemeinen Zulässigkeitskriterien von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf, insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Aktion (siehe zum Ganzen: S. 79, Kap. 7) sowie die strikte Kontrolle der aufrufenden Gewerkschaft über die teilnehmenden Personen, vgl.: S. 46, e).

²⁵⁹ Zur Absolutheit des Eigentums als Gesichtspunkt in der arbeitskampfrechtlichen Debatte, siehe: S. 71, Nr. 3.

²⁶⁰ Siehe zur Arbeitskampfmittelfreiheit weiterführend: S. 49, Nr. 1.

²⁶¹ Siehe: S. 60, Nr. 4.

²⁶² Vgl.: Vorwort, S. IX.

²⁶³ Eine übersichtliche Darstellung der Positionen bietet Treber, S. 292, 296.

²⁶⁴ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9 Rn. 25.

²⁶⁵ Das Reichsgericht, welches die Rechtsgebiete des kollektiven Arbeitsrechts ohne positive einfachgesetzliche Stütze entwickelte, entschied diese Frage in zwei Urteilen, RG 2.7.1925: RGZ 111, 199, 202 gegenüber RG 11.2.1926: RGZ 113, 33, 36 f noch unterschiedlich, hinsichtlich der umfassenden Betrachtung dieser Frage illustrativ: Treber, S. 293 ff.

²⁶⁶ So in BAG 28.01.1955: BAGE 1, 291.

der Staat den Individuen die Koalitionsbildung gestatten, die Koalitionsfreiheit der Verbände aber untersagen oder sie anderweitig handlungsunfähig machen, wäre das Grundrecht auch in der individuellen Betrachtung sinnlos²⁶⁷. Eines Rückgriffes auf Art. 19 III GG bedarf es insofern ebenso wenig wie auf die oben erwähnte „Gegenseitigkeitsordnung“ Kerstens²⁶⁸.

d) Der Flashmob als ad-hoc-Koalition

Fraglich ist, ob eine Gruppe von Flashmob-Teilnehmern als kurzfristig gebildete Koalition mit bestimmtem Zweck auch ohne gewerkschaftliche Verbindung vom personellen Schutzbereich des Art. 9 III GG umfasst ist.

Unstreitig ist, dass Koalitionen, die Streiks durchführen, über eine dauerhafte Organisation verfügen müssen²⁶⁹. Entsprechend lehnt das BAG die Arbeitsniederlegung von ad-hoc-Koalitionen seit Langem als wilde, nicht gewerkschaftlich getragene, Streiks ab²⁷⁰. Zugleich betont das Gericht im Rückgriff auf seine Rechtsprechung der 1960er Jahre, dass der Schutz des Art. 9 III GG bei andersartigen Arbeitskampfaktionen auch solchen Koalitionen zugute kommen kann, die nur kurzzeitig einen gemeinsamen Zweck im Sinne der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen verfolgen²⁷¹.

Eine vom BAG referenzierte eigene Entscheidung aus dem Jahr 1966 urteilte über die fristlose Kündigung eines Bauhandwerkers, der eine Anzahl von Kollegen zur koordinierten Einreichung einer gleichlautenden Änderungskündigung während laufender Tarifvertragsverhandlungen bewegt hatte. Das Verhalten des Mannes erfüllte nach der Sicht des BAG den Tatbestand des damaligen § 123 I Nr. 7 GewO, der eine fristlose Entlassung von Personen erlaubte, die andere Mitarbeiter zu Gesetzes- oder Sittenverstößen anstifteten oder derartiges versuchten²⁷². Gleichwohl stellte das BAG fest, dass sich der Schutz des Art. 9 III GG nicht ausschließlich auf Gewerkschaften und ihre Mitglieder erstreckt, sondern

„jedenfalls in gewissem Umfange, auch auf andere Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen und auf diejenigen, die an solchen Vereinigungen teilnehmen, auch wenn es sich um einen nur vorübergehenden Zusammenschluß einer Anzahl von Arbeitnehmern desselben Betriebes zum Erreichen eines einmaligen Zieles handelt.“²⁷³

Festzustellen ist somit zunächst, dass nach Ansicht des BAG keine Begrenzung des personellen Schutzbereiches des Art. 9 III GG auf Gewerkschaften und ihre Mitglieder besteht. Das BAG verbindet den eigenständigen Schutz kurzzeitiger, anlassbezogener Koalitionen nach Art. 9 III GG in der zitierten Entscheidung mit der Art und Intensität ihres jeweiligen Vorgehens²⁷⁴.

Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf zeichnen sich durch ihre vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten aus, so dass sich die Art und Intensität des Vorgehens von Flashmob-Kollektiven nicht einzelfallübergreifend bestimmen lässt. Gleichwohl ist die Aktionsform des Flashmob im Arbeitskampf, wie bereits oben dargelegt, typologisch gegenüber anderen Arbeitskampfformen abgrenzbar²⁷⁵ und wird auch in der Literatur als eigenständiges Kampfmittel anerkannt²⁷⁶, was eine Qualifikation als eigenständige „Art“ des kollektiven Vorgehens im Sinne des oben genannten BAG-Urteilsspruches²⁷⁷ nahelegt. Die detailliertere qualitative und quantitative Betrachtung der jeweiligen Aktion im Sinne

²⁶⁷ So auch Treber, S. 295.

²⁶⁸ Kersten, S. 41.

²⁶⁹ Hdb.StR/Badura, § 151, Rn. 63.

²⁷⁰ Siehe etwa: BAG 14.02.1978: DB, S. 1403, 1404.

²⁷¹ BAG 14.02.1978: DB 1978, S. 1403, 1404 im Rückbezug auf BAG 28.04.1966: DB 1966, S. 905.

²⁷² BAG 28.04.1966: DB 1966, S. 905, 906.

²⁷³ BAG 28.04.1966: DB 1966, S. 905, 906.

²⁷⁴ BAG 28.04.1966: DB 1966, S. 905.

²⁷⁵ Siehe oben, ab S. 9, II., sowie zur Abgrenzung gegenüber der Betriebsblockade: S. 86, d).

²⁷⁶ Vgl. etwa Säcker, NJW 2010, S. 1115 mit weiteren Nachweisen.

²⁷⁷ Vgl.: BAG 28.04.1966: DB 1966, S. 905.

der vom BAG formulierten „Intensität“ des kollektiven Vorgehens ist im Fall von Flashmob-Aktionen ebenso wie bei der inhaltlichen Bewertung andersartiger Grundrechtseingriffe und der Abwägung der jeweils betroffenen Grundrechtspositionen sinnvollerweise erst in der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vorzunehmen²⁷⁸. Eine Vorverlagerung der Prüfung in den Bereich der Schutzbereichsabgrenzung des Grundrechtes empfiehlt sich nicht.

Flashmob-Kollektive im Arbeitskampf sind nach dem Gesagten regelmäßig als Koalitionen iSv. Art. 9 III GG zu betrachten, wenn die übrigen Voraussetzungen für die Einbeziehung in den Schutzbereich vorhanden sind. Dabei ist ein besonderes Augenmerk auf den engen inhaltlichen und zeitlichen Bezug der betreffenden Flashmob-Aktion zu einem laufenden Streik zu legen.

e) Der Einsatz Nicht-Betriebsangehöriger bei Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf

Der Einsatz von Nicht-Betriebsangehörigen bei Flashmob-Aktionen wird in der Literatur kontrovers diskutiert²⁷⁹. Thüsing und Waldhoff stellen dabei richtigerweise fest, dass die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG ein Jedermannsrecht mit einem besonderen sozialen Qualifikationsmerkmal ist²⁸⁰ und die individuelle Grundrechtsträgerschaft u.a. mit einem Berufsbezug einhergeht²⁸¹. Allerdings umreißen sie den in dieser Hinsicht von der Rechtsprechung des BVerfG bisher nicht bis ins letzte Detail konturierten Schutzbereich des Grundrechtes wenigstens im Hinblick auf Teilnehmer von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf verfassungsrechtlich unzulässig eng, wenn sie eine strikte Beschränkung der Grundrechtsträgerschaft auf Arbeitnehmer des von Arbeitskampfmaßnahmen konkret betroffenen Betriebes fordern²⁸².

aa) Begrenzungen des individuellen Schutzbereichs von Art. 9 III GG auf Betriebsangehörige?

Thüsing und Waldhoffs weitgehender Schluss verlangt von Grundrechtsträgern des Art. 9 III GG nicht nur einen Berufsbezug, sondern einen Betriebsbezug, welcher von der einhelligen Zustimmung der verfassungsrechtlichen Literatur zum Berufsbezug des Grundrechtes nicht gedeckt wird und im Ergebnis abzulehnen ist:

Ein Betriebsbezug müsste sich auf die Definition des Betriebes im arbeitsrechtlichen Sinne stützen und den Umfang des individuellen Schutzbereiches von Art. 9 III GG konsequenterweise nicht aus verfassungsrechtlichen Erwägungen, sondern aus dem einfachgesetzlichen Arbeits- und Zivilrecht schöpfen, insbesondere auch aus der Rechtsprechung des BAG und EuGH zu Betrieben und Betriebsteilen im Rahmen von Streitigkeiten um Betriebsübergänge iSv. § 613 a BGB. Dieser Vorgang wäre für sich schon nicht mit dem Vorrang der Verfassung als Teil des Rechtsstaatsgebotes nach Art. 20 III GG und Art. 1 III GG zu vereinbaren. Die Definitionsgeschichte des Betriebs in der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Betriebsübergangsrichtlinien 77/187/EWG²⁸³ und 2001/23 EG und der nachfolgenden Rechtsprechung des BAG verweist zudem nicht nur auf die Komplexität einer Betriebsdefinition mit ihren zahlreichen Abgrenzungsfragen, sondern auch auf den erheblichen Gestaltungsspielraum, den Unternehmenseigentümer bei der gesellschaftsrechtlichen Strukturierung ihrer Betriebe und Betriebsteile innerhalb von Firmengruppen und Konzernen haben. Dieser Spielraum relativiert etwa seit Beginn der 1990er Jahre schon bei Betriebsübergängen die auf den

²⁷⁸ Zum spezifischen Prüfungsprogramm der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf siehe unten, S. 85, Nr. 1.

²⁷⁹ Siehe beispielhaft: Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 349 f. sowie Rieble, NZA 2008, S. 797.

²⁸⁰ Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 350, mit Rückgriff auf Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, Rn. 174 und andere.

²⁸¹ Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 350 mit Rückbezug auf Dreier/Bauer, Art. 9, Rn. 67.

²⁸² Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 350.

²⁸³ EuGH 11.03.1997: NZA 1997, S. 433, 434.

einzelnen Arbeitnehmer bezogene Wirkungsamkeit tariflicher Abreden erheblich. Eine grundsätzliche Verbindung der Grundrechtsträgerschaft iSv. Art. 9 III GG mit der Betriebszugehörigkeit eines in Flashmob-Aktionen aktiven Arbeitnehmers würde sogar vor der Entstehung tariflicher Abreden ansetzen und dem Arbeitgeber im Wege der Unternehmensstrukturierung eine für Tarifkonflikte entscheidende Einflussmöglichkeit über die Grundrechtsträgerschaft einzelner Arbeitnehmer im Rahmen von Art. 9 III GG einräumen.

Abgesehen von den relevanten offenen Fragen, die bei einer Verbindung der individuellen Grundrechtsträgerschaft mit der Betriebszugehörigkeit einer Antwort bedürften²⁸⁴, ist sie deshalb als ein bedenklicher Einschnitt in die rechtmäßige und zweckmäßige Grundrechtsausübung zur Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen abzulehnen.

bb) Teilnahme von Personen ohne tarifpolitische Motivation

Thüsing und Waldhoff gehen im Fall der Flashmob-Aktion am Berliner Ostbahnhof zudem davon aus, dass sich eine relevante Anzahl von Personen aus tariffernen Motiven wie aus allgemeiner politischer Überzeugung oder dem Wunsch nach abwechslungsreicher Freizeitgestaltung an Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf beteiligt hätten und dabei sogar einen „guten Teil“ der Teilnehmer ausgemacht hätten²⁸⁵. Sie stützen ihre Annahme u.a. auf den Aufruf von ver.di zu der Flashmob-Aktion in Berlin mit der Überschrift: „Wunschliste an Gewerkschaftsmitglieder und alle die uns unterstützen wollen“.

Diese Vermutung erscheint in Ermangelung greifbarer empirischer Nachweise zunächst zweifelhaft. Die Tatsache, dass die von der Gewerkschaft genutzten Kommunikationskanäle auch allgemeinpoltisch ausgerichtete Gruppen erreichen, belegt für sich genommen weder die Präsenz gewerkschaftsfremder Personen, noch erlaubt sie detaillierte Rückschlüsse auf die jeweilige Motivation der Beteiligten. Angesichts der Natur von Flashmob-Aktionen und der oben umrissenen organisatorischen Schwierigkeit, Personengruppen von nennenswerter Größe zur Teilnahme an Demonstrationen oder Aktionen mit tarifpolitischem Inhalt zu bewegen²⁸⁶, erscheinen die diesbezüglichen Annahmen Thüsing und Waldhoffs im Ergebnis fernliegend.

cc) Einsatz Nicht-Betriebsangehöriger bei Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf: Fazit

Bei gewerkschaftlich getragenen Flashmob-Aktionen erscheint die detaillierte Planung sowie die wirkungsvolle Vorbereitung und Kontrolle der Teilnehmer durch die Organisatoren als notwendige Bedingung für ihre Zulässigkeit. Nach der Rechtsprechung des BAG erlaubt zwar die Überschreitung des geplanten Arbeitskampf-Ablaufes durch übermotivierte Teilnehmer bei Streiks sowie das denkbare Auftreten von agents provocateurs noch kein schadensersatzrelevante Zurechnung der Handlungen zur aufrufenden Gewerkschaft²⁸⁷. Der Einsatz von medienorientierten Kampfstrategien, die nicht schon wirkungslogisch allein von betriebsangehörigen Arbeitnehmern durchgeführt werden können, verlangt allerdings eine solche Organisation, um den zulässigen Teilnehmerkreis der Arbeitskampfaktion zu wahren und die Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes gegen rechtswidrige Maßnahmen zu gewährleisten. Dass Teilnehmer an Arbeitskampfmaßnahmen bei ihrem Tun eine tarifpolitische Motivation besitzen müssen, ist eine unmittelbare Folge aus den Schutzbereichsgrenzen des Art. 9 III GG, soweit man diese nach dem Tarifbezug von Arbeitskampfaktionen im Sinne eines tarifvertraglichen Regelungsziels betrachtet.

²⁸⁴ Zu klären wäre beispielsweise die Frage, ob und inwiefern atypisch Beschäftigte, etwa Teilzeitkräfte, Urlaubs- und Schwangerschaftsvertretungen und insbesondere auch Leiharbeiternehmer betriebszugehörig und somit Grundrechtsträger des Art. 9 III GG wären. Fraglich erscheint weiterhin, ob und welche Arbeitnehmer etwaiger Konzerntöchter und verbundener Unternehmen der Grundrechtsträgerschaft teilhaftig würden.

²⁸⁵ Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 352, 353.

²⁸⁶ Vgl. oben: S. 14, bb).

²⁸⁷ BAG 21.06.1988: BAGE 58, 365, 386.

Die Beteiligung Nicht-Betriebsangehöriger bedingt nicht schon eine Überschreitung des Schutzbereiches von Art. 9 III GG durch Flashmob-Aktionen. Dies folgt bereits aus der Schwierigkeit einer einfachrechtlichen Betriebsdefinition im arbeitsrechtlichen Einzelfall, die als einfachrechtliche Determinante der Schutzbereichsbegrenzung des Art. 9 III GG nicht geeignet ist. Der Einsatz Nicht-Betriebsangehöriger steht gewerkschaftlichen Initiatoren bei zweckmäßiger Erfüllung der an die Aktionsform geknüpften Planungs- und Kontrollaufgaben offen. Im Falle eigenständiger, nicht gewerkschaftlich organisierter Flashmob-Kollektive im Arbeitskampf ist das Kriterium der Betriebszugehörigkeit nach den Kriterien zu handhaben, die auch für die Zulässigkeit von Unterstützungstreiks gelten²⁸⁸.

4. Koalitionszweck des Art. 9 III GG

Der Koalitionszweck des Art. 9 GG ist die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen durch Vereinigungen. Die vorwiegend vertretene Definition versteht darunter die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit geleistet und eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ermöglicht wird²⁸⁹. Diese Normierung beschreibt den Koalitionszweck auf wenig konkrete Weise, was trotz der Wichtigkeit einer trennscharfen Definition angesichts konkurrierender Regelungsmaterien wie dem individuellen Arbeitsvertragsrecht und dem gesetzlichen Arbeitsrecht²⁹⁰ sinnvoll ist: Der Inhalt der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen als Koalitionszweck kann, abgesehen von grundlegenden Paradigmen, nicht legal definiert oder anderweitig festgeschrieben werden, weil er nicht statisch ist. Scholz formuliert einleuchtend:

„... das Koalitionsrecht verwirklicht sich gerade im freiheitlichen Prozeß gesellschaftlicher Auseinandersetzung, sozialer Befriedung und autonomer Kollektivvereinigung. Der Koalitionszweck bildet sich mit anderen Worten aktuell innerhalb dieses Prozesses; sein Inhalt ist maßgebend von jenem abhängig.“²⁹¹

Der vermeintliche Nachteil der Unschärfe wird demnach durch die Ermöglichung von Entwicklungsfähigkeit entsprechend der sich weiterentwickelnden Verfassungsrealität aufgewogen, die u.a. „schnell wechselnde Konfliktfelder im Zuge eines rasanten Strukturwandels“²⁹² beinhaltet.

II. Entscheidungserhebliche Aspekte bei Flashmob-Aktionen

Die gerichtliche Praxis der Überprüfung von Arbeitskampfmitteln auf ihre Rechtmäßigkeit steht allgemein im Spannungsfeld zwischen bilateraler Entfaltung der Koalitionsfreiheit, der Staatsferne des Koalitionseinigungsprozesses und den schützenswerten Rechten Dritter. Im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG gehört die Vermeidung einer Tarifizensur zu den zentralen Zielen von Arbeitsgerichten und Literaturstimmen im Arbeitskampfrecht, so dass sich ihre Prüfung von Arbeitskampfmitteln weitgehend einer Bewertung der jeweiligen Ziele und Methoden enthält.

Die Rechtsprechung des BAG und BVerfG ist durch eine vergleichsweise flexible Handhabung verschiedener Rechtsinstitute geprägt, die ihnen ein Urteil über die Rechtmäßigkeit des geprüften Mittels erlauben²⁹³. Dabei sind in der Spruchpraxis des BAG mehrere Motive zu erkennen: Entsprechend der Aufgabe eines höchsten Gerichts sucht es einerseits durch eine einheitliche Rechtsprechung ein maximales Maß an Rechtssicherheit über die Grenzen des Zulässigen im Arbeitskampf zu schaffen.

²⁸⁸ BAG 19.06.2007 I 3 c der Gründe: BAGE 123, 134.

²⁸⁹ Stellvertretend: ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 23.

²⁹⁰ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, S. 188, Rn. 258, 259.

²⁹¹ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, S. 189, Rn. 259.

²⁹² ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 23.

²⁹³ Generell: Treber, S. 18; BAG 19.06.2007, ab I 2 b der Entscheidungsgründe: BAGE 123, 134.

Andererseits lässt das BAG seine Neigung erkennen, die Rechtsprechung zu neuen Kampfmitteln möglichst wenig zu präjudizieren. Ein hoher Grad an Entwicklungsoffenheit²⁹⁴ dient nach diesem Verständnis der Entwicklungsfähigkeit der Rechtsmaterie und damit auch der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Tarifaufonomie.

1. Freiheit der Kampfmittelwahl aus Art. 9 III GG

a) Problemstellung

Zu den Kampfmitteln im Schutzbereich von Art. 9 III GG, die zur Erreichung von Tarifabschlüssen genutzt werden, gehört seit jeher der Streik.²⁹⁵ Ohne ihn könnte die Arbeitgeberseite, die regelmäßig nur in vergleichsweise geringerem Maße an der Veränderung der Arbeitsverhältnisse interessiert ist, die Verhandlungen verweigern. Die Folge wäre eine Situation, in der Arbeitnehmer nur durch Arbeitsplatzwechsel eine Veränderung ihrer Arbeitsverhältnisse erzielen könnten, so dass die Freiheit zu kollektiven Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen durch kollektive Verhandlungen iSv. Art. 9 III GG leer liefe²⁹⁶. Das BVerfG formulierte entsprechend, dass bestimmte Mittel, von denen die Verfolgung des Vereinigungszweckes abhängen, vom Schutz des Grundrechtes umfasst sind. Dazu sollten jedenfalls diejenigen Arbeitskampfmaßnahmen gehören, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind²⁹⁷.

Dass der Streik einen Kern der durch die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 III GG eingeräumten Handlungsspielräume der Tarifpartner bildet, ist weitgehend unbestritten. Allerdings ist damit noch keine Aussage über die grundsätzliche Zulässigkeit weiterer Arbeitskampfmittel, geschweige denn über die Existenz oder Nichtexistenz einer Kampfmittelfreiheit aus Art. 9 III GG getroffen.

b) Kampfmittelwahl in der Rechtsprechung des BAG und BVerfG

Die Frage nach der Freiheit der Kampfmittelwahl betrifft die Weite des sachlichen Schutzbereiches von Art. 9 III GG. Eine weite Betrachtung dieses Schutzbereiches wurde von der Rechtsprechung früh befürwortet, ein Numerus Clausus hingegen abgelehnt. Das BAG und BVerfG verbleiben auch in ihren jüngeren Entscheidungen bei dieser Haltung²⁹⁸, was als Fortführung einer Rechtsprechungshistorie verstanden werden kann, die seit Langem keine Tendenz zur Begrenzung des Kampfmittelspektrums auf tatbestandlicher Ebene durch die höchsten Gerichte erkennen lässt.

c) Mehrdeutige Freiheit der Kampfmittelwahl beim BAG und Positionierung des BVerfG

In seiner Grundsatzentscheidung von 1955 urteilte das BAG vor dem Hintergrund der Sozialadäquanz²⁹⁹ noch mehrdeutig, dass aus den Grundsätzen des freiheitlichen sozialen Rechtsstaates die freie Wahl der Arbeitskampfmittel folge, nach welcher eine Tarifpartei „in den Grenzen des legitimen Kampfes das ihr gemäße historisch überkommene, der Natur der Sache entsprechende Kampfmittel wählen“ kann³⁰⁰. Angesichts der fortdauernden Dominanz des industriellen Großbetriebs als hauptsächliches gewerkschaftliches Betätigungsfeld waren Alternativen bzw. Ergänzungen zum Streik und zur Aussperrung nicht relevant.

²⁹⁴ Dreier/Bauer, Art. 9, Rn. 95.

²⁹⁵ Z.B. Dreier/Bauer, Art. 9, Rn. 84.

²⁹⁶ MKS/Kemper, Art. 9 III GG, Rn. 126.

²⁹⁷ BVerfG 26.06.1991: BVerfGE 84, 212, 224, 225.

²⁹⁸ Vgl.: BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, 140; BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 150; BVerfG 04.07.1995: BVerfGE 92, 365.

²⁹⁹ BAG 28.01.1955: BAGE 1, 291, 306.

³⁰⁰ BAG 28.01.1955: BAGE 1, 291, 308.

In seinem Urteil zur Abschaffung des damaligen § 116 III S. 1 AFG aus dem Jahr 1995 stellte das BVerfG hingegen fest, dass Art. 9 III GG den Koalitionen die Wahl der Mittel zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen ebenso wie die Aktualisierung der Kampfmittelpalette grundsätzlich selbst überlässt³⁰¹. Bei der Ausgestaltung derjenigen rechtlichen Rahmenbedingungen, die einen Einsatz von Kampfmitteln und gleichzeitige Kompatibilität von Art. 9 III GG mit der verfassungsrechtlichen Ordnung erlauben habe

„der Gesetzgeber einen weiten Handlungsspielraum. Das Grundgesetz schreibt ihm nicht vor, wie die gegensätzlichen Grundrechtspositionen im einzelnen abzugrenzen sind. Er verlangt auch keine Optimierung der Kampfbedingungen. Grundsätzlich ist es den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihre Kampfmittel den sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen.“³⁰²

In der Folge erläutert das Gericht die Schwierigkeit, die „Ausgewogenheit“ von Tarifabschlüssen zu bewerten bzw. eine Gleichheit der Kräfte der Tarifparteien zu messen.

d) Jüngere Sicht des BAG; Rückbezug auf BVerfGE 92, 365

In seiner Entscheidung zum Unterstützungstreik vom 19.6.2007 formulierte das BAG ähnlich und mit Bezug auf das BVerfG:

„Die Wahl der Mittel, mit denen die Koalitionen die Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge zu erreichen versuchen und die sie hierzu für geeignet halten, überlässt Art. 9 III GG grundsätzlich ihnen selbst. Dementsprechend schützt das Grundrecht als koalitionsmäßige Betätigung auch Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.“³⁰³

In dem Urteil des BAG zum Flashmob bezieht sich das BAG in fast identischer Wortwahl auf seine Entscheidung zum Unterstützungstreik und zitiert wiederum das genannte Urteil des BVerfG aus dem Jahr 1995:

„Die Wahl der Mittel, mit denen die Koalitionen die Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge zu erreichen versuchen und die sie hierzu für geeignet halten, gibt Art. 9 III GG nicht vor, sondern überlässt sie grundsätzlich den Koalitionen selbst. Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind, werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - aaO). Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ist nicht etwa von vornherein auf den Bereich des Unerlässlichen beschränkt.“³⁰⁴

Weiter formuliert es:

„Dem Schutz des Art. 9 III GG unterfällt nicht nur ein historisch gewachsener, abschließender numerus clausus von Arbeitskampfmitteln. Vielmehr gehört es zur verfassungsrechtlich geschützten Freiheit der Koalitionen, ihre Kampfmittel an die sich wandelnden Umstände anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen (BVerfG 4. Juli 1995- 1 BvF 2/86 ua. - zu C I 1 b der Gründe, BVerfGE 92, 365; BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 11, BAGE 123, 134).“³⁰⁵

³⁰¹ BVerfG 04.07.1995: BVerfGE 92, 365, 393.

³⁰² BVerfG 04.07.1995: BVerfGE 92, 365, 393.

³⁰³ BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, 136.

³⁰⁴ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 149.

Diese Rechtsprechung lässt eine weitgehende Kampfmittelfreiheit zu, indem sie einen weiten Schutzbereich des Freiheitsrechtes der Koalitionen aus Art. 9 III GG annimmt und notwendige Begrenzungen auf der Ebene der Rechtfertigung entsprechender Grundrechtseingriffe anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit Fokus auf der Staatsferne des Arbeitskampfes, der Aufrechterhaltung einer Parität und gegebenenfalls anderer fallbezogener Gesichtspunkte vornimmt.

e) Kampfmittelwahl in der Literatur

Die Kampfmittelfreiheit ist in der arbeits- und verfassungsrechtlichen Literatur seit jeher umstritten.

aa) Befürworter einer Kampfmittelwahl

Deinert geht von einer freien Wahl der Kampfmittel aus. Als Grenze der Ausübung fungiere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit³⁰⁶. Auch Dieterich anerkennt die Existenz eines „klassischen Kanons“ an Arbeitskampfmitteln, bestehend aus Streik und Aussperrung. Er lehnt die Annahme eines Typenzwangs aber ab, spricht sich also für ein freie Kampfmittelwahl aus. Dabei verweist er auf die Rechtsprechung des BVerfG vom 02.03.1993, welche die Wahl der Mittel den Koalitionen überlässt, solange durch die Mittel eine funktionierende Tarifautonomie sichergestellt wird³⁰⁷. Bei neuen und atypischen Arbeitskampfmitteln ergäben sich Abgrenzungsprobleme, weil die etablierte Rechtsprechung nicht stets auf sie übertragbar sei, bei Boykott und Flashmob-Aktionen ergäbe sich zudem ein Problem der überschießenden Wirkung³⁰⁸. Im Fall des Flashmobs im Einzelhandel spricht Dieterich von strengen Anforderungen an das Kampfmittel durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³⁰⁹. Cornils sieht ebenfalls auch andere als die klassischen Kampfmittel vom Schutzbereich des Art. 9 III GG umfasst. Er bezeichnet den „Flashmob“ dabei als „produktionshindernde Maßnahme“³¹⁰. Diese Äußerung ist jedoch wohl nicht dahingehend zu interpretieren, dass entsprechende Aktionen nur im Bereich des produzierenden Gewerbes geschützt sein sollen, in seinem hauptsächlichen Anwendungsfeld, dem Handel- und Dienstleistungssektor aber nicht. Grundsätzlich sieht Cornils auch andere Kampfmittel als Streik und Aussperrung im Schutzbereich von Art. 9 III GG. Er verlangt weiterhin, dass bei „grundrechtsinternen Kollisionen“ eines Kampfmittels mit Rechten der Gegenseite die staatliche Maßnahme an den Anforderungen eines Grundrechtseingriffs, also dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gemessen wird³¹¹. v. Arland geht ebenfalls von einer freien Kampfmittelwahl aus³¹², die sie unter Berufung auf die Grundsatzentscheidung des BAG von 1951 als Teilgarantie der Arbeitskampffreiheit aus Art. 9 III GG versteht. Sie verweist auf die Notwendigkeit einer umfassenden Zulässigkeitsprüfung neuer Kampfmittel.

Treber richtet sich entschieden gegen eine Beschränkung der freien Kampfmittelwahl³¹³. Nach seiner Auffassung ermöglichen weder die Entstehungsgeschichte des

Art. 9 III GG noch die entsprechende Rechtsprechung oder Sinn und Zweck der Teilgarantien der Koalitionsfreiheit eine Beschränkung der freien Kampfmittelwahl: Die frühe Rechtsprechung des BVerfG wie auch des BAG sprach von „überkommenen“ Mitteln des Arbeitskampfes, allerdings stellte das BVerfG in der korrekten Lesart von Treber spätestens 1991 klar, dass innerhalb der Kampfmittelfreiheit neben klassischen Kampfmitteln auch noch weitere, bislang nicht genutzte Ansätze zur Wahl stehen können, eine Haltung die sich das BAG in seinen nachfolgenden Entscheidungen zu

³⁰⁵ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 150.

³⁰⁶ Kittner/Zwanziger/Deinert AK, § 136, Rn. 16.

³⁰⁷ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 271.

³⁰⁸ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 271.

³⁰⁹ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 277 b.

³¹⁰ Epping/Hillgruber/Cornils, Art. 9, Rn. 71.

³¹¹ Epping/Hillgruber/Cornils, Art. 9, Rn. 88, 90.

³¹² v. Arland, S. 26.

³¹³ Treber, S. 394.

eigen machte³¹⁴. Für die Herstellung und Erhaltung der Koalitionsparität ist nach Treber ein Maß an Unvorhersehbarkeit erforderlich sei, um eine Ritualisierung des Kampfgeschehens zu verhindern. Dieser Zusammenhang gebiete eine genuine Kampfmittelfreiheit und schließe eine Bewertung der Rechtswidrigkeit bzw. Rechtmäßigkeit einzelner Arbeitskampfmaßnahmen anhand ihrer Neuartigkeit aus³¹⁵.

bb) Kritiker einer weitreichenden Kampfmittelwahl

Otto geht von einer Kampfmittelfreiheit aus, die nach seiner Ansicht aber nicht zum verfassungsrechtlichen Schutz anderer Kampfformen als des Verbandsstreiks und der Abwehraussperrung führt. Vielmehr komme eine Erweiterung des Kampfmittelspektrums erst in Betracht, wenn Verbandsstreiks und Abwehraussperrung wegen der „grundlegenden Wandelung der tatsächlichen Situation keine wirksamen Arbeitskampfmittel mehr darstellen“³¹⁶. Diese Bedingung orientiert sich an der Lösung des BVerfG zum Befugnis der Legislative zum Eingriffe in das Tarifgeschehen. Ob zur Erfüllung dieses Kriteriums die klassischen Kampfmittel allgemein unwirksam werden müssen oder schon die Wirkungslosigkeit in einzelnen Branchen oder Arbeitskampsituationen, z.B. aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung in einzelnen Wirtschaftssparten ausreicht, stellt Otto dabei allerdings nicht klar. Er möchte sein Postulat allerdings auch nicht als feststehende Regel für die gerichtliche Behandlung des Arbeitskampfrechts verstanden wissen, sondern nur als Wertungsgesichtspunkt an den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts. Auch unter Beachtung dieses Gesichtspunktes behält Ottos Ansatz im Hinblick auf die Erweiterung des Kampfmittelspektrums die bezeichnete Unschärfe.

Säcker und Mohr sehen lediglich die „historisch angestammten Kampfmittel“ vom Schutzbereich der Koalitionsfreiheit umfasst³¹⁷. Dabei argumentieren sie, dass auch neue Mittel nicht gezielt in absolute Rechte Dritter eingreifen dürften und führen im Zusammenhang mit dem Anknüpfungspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung aus:

„Die Parteien eines Arbeitskampfes können deshalb nur zwischen den von der Rechtsordnung verfassungskonform zur Verfügung gestellten Kampfmitteln auswählen.“³¹⁸

Säcker und Mohr wenden sich gegen den Gedanken einer (Koalitions-) Freiheit, die es erlaube, den Gegner mit beliebigen Mitteln unter Druck zu setzen. Vielmehr müssten zum Schutz des Gegners und Dritter durch die Rechtsordnung bestimmte Grenzen gezogen werden, die sie im Wesentlichen an den bislang anerkannten Grenzen des Verbandsstreiks und der Aussperrung verorten.

Nach Rieble gestattet das Arbeitskampfrecht

„als Kampfmittel nur die Suspendierung des Arbeitsverhältnisses durch Streik und Aussperrung. Die Schädigungswirkung des Streiks, einschließlich seiner immanenten Boykottwirkung, ist auf die Vorenthaltung der Arbeitsleistung beschränkt. Eine umfassende Kampfmittelfreiheit gibt es bislang nicht. Zu ihr hat sich das BAG auch in der Unterstützungstreikentscheidung nicht bekannt, wohl aber einer umfassenden Koalitionsbetätigungsfreiheit das Wort geredet. Welche Kampfmittel zugelassen sind, entscheidet das Arbeitskampfrecht durch zivilrechtliche Ausgestaltungen.“³¹⁹

Diese Sicht geht von einer Begrenzung der freien Wahl der Kampfmittel aus, Riebles Argumentation bezieht sich dabei vorwiegend auf die drohenden Nachteile bestimmter Kampfmittel wie der

³¹⁴ Treber, S. 398, II 1.

³¹⁵ Treber, S. 399, II 1.

³¹⁶ Otto, § 4, Rn. 25.

³¹⁷ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 443 III 1.

³¹⁸ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 443 III 1 mit Bezug auf Wank, RdA 2009, S. 1, 3.

³¹⁹ Rieble, NZA 2008, S. 797.

Betriebsblockade oder des Flashmobs. Seine Einschätzung wird von Thüsing und Waldhoff geteilt³²⁰.

f) Freiheit der Kampfmittelwahl: Fazit

Der Bestand einer freien Kampfmittelwahl ist in der Literatur umstritten. Der Ansicht Trebers ist bei seiner Betonung der inhaltlichen Verbindung und Überschneidung zwischen dem grundgesetzlichen Regelungsinhalt der Tarifaufonomie, der möglichst staatsfreien Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen und der Freiheit der Kampfmittelwahl zuzustimmen³²¹. Soll ein freier Einigungsprozess dauerhaft funktionieren, bedarf es angesichts der Berechenbarkeit und Quantifizierbarkeit der durch Streik und Aussperrung bedingten Arbeitskämpfrisiken eines Momentes der Unsicherheit auf beiden Seiten³²². Auch eine Änderung der Rahmenbedingungen des Arbeitskampfes, wie sie die oben erwähnten Strukturänderungen auf den Arbeitsmärkten³²³ darstellen, kann die Wirksamkeit der klassischen Mittel in spezifischen Bereichen wie dem Einzelhandel in Zweifel ziehen. Auch die durch das BAG und BVerfG bei der Bewertung von Kampfmitteln bemühte Tarifparität spricht für die Freiheit der Kampfmittelwahl. Ohne sie droht der tarifliche Einigungsprozess zu einem Ritual zu werden und die Wandlungen in der Praxis der Arbeitsbeziehungen angesichts des überholten Tarifkonfliktgeschehens zu verfehlen.

Nach hiesiger Ansicht überzeugt daher die in der Literatur teilweise vertretene Annahme einer auf den Streik in seiner klassischen Form begrenzten „Kampfmittelfreiheit“ im Ergebnis nicht. Vielmehr erscheint die vom BVerfG und BAG in Anlehnung an ihre eigene Rechtsprechungshistorie vertretene weitgehende Kampfmittelfreiheit als teleologisch sachgerecht³²⁴. Dass die Ausübung der Koalitionsfreiheit die Rechte des Tarifgegners und Dritter³²⁵ beeinträchtigen kann, ist für die Ausübung von Freiheitsrechten charakteristisch und daher auch für Flashmob-Aktionen unbestritten. Die Existenz und Entwicklungsfähigkeit richterrechtlich geprägter Regulative wie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lässt den Gedanken eines von vornherein begrenzten Kampfmittelkanons zum Zweck des Grundrechtsschutzes anderer Grundrechtsträger gleichwohl nicht sachgerecht erscheinen, umgeht sie doch den zentralen, bewertenden und abwägenden Teil der verfassungsrechtlichen Prüfung einer streitgegenständlichen Arbeitskampsituation durch eine Präklusion neuer Kampfmodi. Diese Präklusion müsste bei konsequenter Anwendung sogar schon auf der Ebene der Schutzbereichsabgrenzung des Art. 9 III GG ansetzen, was weder aus dem Wortlaut, der Normgeschichte oder dem Zweck des Art. 9 III GG folgt und daher als unzulässige Verkürzung der in dem Grundrecht verbürgten Freiheitsausübung erscheint.

2. Verhältnismäßigkeit

Das zentrale Moment bei der höchstrichterlichen Bewertung von Arbeitskämpfmitteln ist seit der Grundsatzentscheidung des Großen Senats des BAG von 1971 die Verhältnismäßigkeitsprüfung³²⁶. In der Terminologie des BAG und BVerfG wird das aus dem öffentlichen Recht stammende Prinzip³²⁷ auch als Übermaßverbot bezeichnet³²⁸ und mit dem Gedanken begründet, dass Arbeitskämpfe

³²⁰ Thüsing, Waldhoff, ZfA 2011, S. 387.

³²¹ Treber, S. 395.

³²² Zur Gefahr der Ritualisierung des Arbeitskampfes siehe ebenfalls: Treber, S. 395 f.

³²³ Siehe dazu oben, S. 22, Nr. 1.

³²⁴ Vgl. insofern auch den knappen Hinweis des BVerfG in seiner Ablehnung der Urteilsverfassungsbeschwerde gegen das Flashmob-Urteil des BAG: BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 36.

³²⁵ Siehe zur begrenzten Relevanz von Allgemeinwohlbelangen bei der Ausübung der Koalitionsbetätigungsfreiheit: S. 25, Nr. 3.

³²⁶ BAG 21.4.1971, III A, BAGE 23, 292 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 43.

³²⁷ BAG 10.06.1980: BAGE 33, 176 ff; Engels, S. 229.

³²⁸ ErFK/Dieterich, Art. 9, Rn. 29; Kissel, § 29, Rn. 8.

Eingriffe nicht nur in die Interessen der am jeweiligen Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch in die Dritter und der Allgemeinheit darstellten³²⁹.

Die Nutzung der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Arbeitskampfmitteln wurde stets von Kritik aus unterschiedlichen Richtungen begleitet³³⁰. Das einsichtige Argument arbeitnehmernaher Kritiker ist, dass die Anwendung eines Regulativs zur Abwehr staatlicher Eingriffe bei seiner Anwendung auf das Handeln privater Akteure im Rahmen des Schutzbereichs des Art. 9 III GG etwa beim Streik zu einer Umkehrung seines Zweckes führt, also nicht mehr die Weite des freiheitsrechtlichen Schutzbereiches sichert, sondern ihn begrenzt³³¹. Der in der Literatur ebenfalls häufig geäußerte Hinweis, nach dem die Anwendung des Grundsatzes durch das BAG den Rahmen des Rechtstituts sprengte³³², steht mit der Kritik an der Zweckverkehrung in ebenso engem Zusammenhang wie mit der umstrittenen Frage nach dem Anknüpfungspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf:

Der Prüfungsverlauf der Verhältnismäßigkeit muss zwei gegenläufigen Gesichtspunkten Rechnung tragen. Zum einen soll die Prüfung in verbindlicher, ein gewisses Maß an Rechtssicherheit vermittelnden Weise unzulässige Arbeitskampfkaktionen identifizieren, zum anderen muss sie die Staatsferne des Einigungsprozesses wahren. Die Modifikation des Grundsatzes erscheint daher als Folge der verfassungsrechtlich spannungsvollen Entscheidungssituation, auf die das Gericht ihn anwendet.

a) Der Anknüpfungspunkt des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs

Die widerspruchsbehaftete Situation des Einsatzes des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes manifestiert sich u.a. in der Frage nach den beiden Anknüpfungspunkten der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Arbeitskampfmaßnahmen. Der erste Anknüpfungspunkt ist der einer Tarifpartei, nicht aber Dritten oder der Allgemeinheit durch eine Arbeitskampfmaßnahme entstandene Nachteil³³³.

Der zweite ist dagegen umstritten. In der Vergangenheit waren die Tarifforderung, die frei gewählte Kampftaktik, die Kampfparität sowie die Willensbeeinflussung der Gegenseite zu seiner Ausfüllung im Gespräch³³⁴. Diese Punkte wurden von der Rechtsprechung nicht angenommen. Ausgangspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist für das BAG vielmehr die Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels³³⁵. Es führt in seiner Entscheidung zum Flashmob aus:

„Das Abwägungspostulat der Verhältnismäßigkeit erfordert stets eine Würdigung, ob ein Kampfmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels geeignet und erforderlich ist und bezogen auf das Kampfziel angemessen (proportional) eingesetzt wird.“³³⁶

Diese Haltung ist mit der jüngeren Rechtsprechung des BAG, etwa mit die Entscheidung zum Unterstützungstreik aus dem Jahr 2007 konsistent³³⁷.

³²⁹ Kissel, § 29, Rn. 9 deutet mit Walker, NZA 1995, S. 603 auf die Notwendigkeit eines normativen Ansatzes zur Nutzbarmachung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Arbeitskämpfen hin.

³³⁰ Vgl.: Hensche, Wolter, S. 554 sowie Kissel, § 29, Rn. 7 f. jeweils mit weiteren Nachweisen.

³³¹ Vgl.: Hensche, Wolter, S. 546, 554.

³³² Vgl. etwa Kersten, S. 67 ff.

³³³ Hensche und Wolter weisen bezüglich des Streiks zu Recht darauf hin, dass Drittinteressen und Allgemeinwohlbelange in einem Rechtsstreit zwischen privaten Akteuren im Allgemeinen, im Speziellen bei Streitigkeiten um Arbeitskampf-Aktionen unbeschadet eigenständig geltend zu machenden Rechtsverfolgungen Dritter keinen Platz finden, wenn nicht Arbeitsgerichte die Rolle eines dem Allgemeinwohl verpflichteten Streik-Ordnungsamtes einnehmen sollen, vgl.: Hensche, Wolter, S. 552; vgl. zum Begriff des Gemeinwohls auch: S. 25, Nr. 3.

³³⁴ v. Arland, S. 51; Kreuz, S. 115 f; siehe auch: Engels, S. 230.

³³⁵ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 153.

³³⁶ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 153.

³³⁷ BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, 143.

b) Arbeitskampfrechtlicher Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Literatur

Die Meinungen zur grundsätzlichen Berechtigung, den konkreten Anwendungsweise, den Anknüpfungspunkten sowie über Einzelmodalitäten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind vielfältig.

(1.) Otto sieht die Berechtigung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Arbeitskampf ausschließlich bei der Frage nach der Intensität des Kampfmiteinsatzes³³⁸. Die Zulässigkeit des Arbeitskampfes als solchen müsse aber nicht mithilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geprüft werden, weil gegenüber dem Arbeitskampf ohnehin ein Vorrang anderer Konfliktlösungsstrategien bestehe³³⁹. Damit ist zum einen der Vorrang des gerichtlichen Rechtsschutzes im Falle einer als unberechtigt wahrgenommenen Kündigung des individuellen Arbeitsvertrages und sogar des laufenden Tarifvertrages gemeint³⁴⁰. Zum anderen bezieht Otto sich auf die Verfahren des Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrechts, die aufgrund ihrer Verbundenheit zu betrieblichen Regelungsgegenständen einen „Vorrang“ gegenüber dem Arbeitskampf hätten. In diesem Bereich sieht Otto durchaus strittige Zuordnungsfragen, etwa bei Vorliegen eines betrieblichen Sozialplans gegenüber einem erstreikbaren Sozialtarifvertrag³⁴¹. Hinsichtlich der grundsätzlichen Anerkennung neuer Arbeitskampfmittel führt er aus:

„Auch die grundsätzliche Frage der Anerkennung eines Arbeitskampfmittels (zB des Warnstreik vor Scheitern der Verhandlungen oder der Angriffsaussperrung), ist nicht mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu beantworten. Vielmehr bedarf es einer umfassenden Analyse der Interessenlage unter Beachtung der rechtlichen Vorgaben.“³⁴²

Genauer will Otto über die Zulässigkeit nichtklassischer Kampfmittel „unter Beachtung des geltenden einfachen Rechts durch zuordnende Abwägung der verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen der Beteiligten sowie sonstiger schutzwürdiger Belange befinden“³⁴³. Ottos Position verneint somit die Systematisierbarkeit einer Zulässigkeitsprüfung für neue Arbeitskampfmittel und verweist auf eine Abwägung der kollidierenden Belange im Einzelfall.

(2.) Auch Dieterich betont die Schwierigkeit, der gerichtlichen Praxis einen konkreten, gleichbleibenden Prüfungsmaßstab für die vielfältigen, wenig vorhersehbaren Situationen des Arbeitskampfes an die Hand zu geben³⁴⁴. Er betrachtet die Anforderung an die Vorhersehbarkeit eines Rechtmäßigkeitsurteils von Arbeitskampfmaßnahmen einerseits und die Notwendigkeit einer Entwicklungsoffenheit der Arbeitskampfpraxis andererseits als weitgehend unvereinbar. In der Konsequenz schließt sich Dieterich damit der Meinung des BAG an, das der handelnden Tarifpartei eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich Geeignetheit und Erforderlichkeit zubilligt³⁴⁵. Hinsichtlich des zentralen Punktes der Angemessenheit betont Dieterich richtigerweise, dass die Ausarbeitung einer zentralen „Faustformel“³⁴⁶, welche auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Arbeitskampfsituationen anwendbar wäre, unmöglich ist. Vielmehr sieht er die Möglichkeit der Ausfüllung dieser reinen Wertungsfrage in der Erarbeitung von Grenzfällen, wie sie im Falle des Unterstützungstreiks durch das BAG vorgenommen wurde³⁴⁷.

(3.) Nach Ansicht von Däubler ließen sich die Probleme der Rechtsprechung auch ohne Rückgriff auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lösen³⁴⁸. Zum einen könne das Verbot des Rechtsmissbrauchs die Prüfung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit ersetzen. Zum anderen könnte die Abstimmung

³³⁸ Otto, § 8 Rn. 5.

³³⁹ Otto, § 8, Rn. 5, § 3, Rn. 18- 25.

³⁴⁰ Otto, § 3, Rn. 19.

³⁴¹ Otto, § 3, Rn. 20 f.

³⁴² Otto, § 8, Rn. 5.

³⁴³ Otto, § 11, Rn. 1.

³⁴⁴ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 130.

³⁴⁵ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 130; BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, 142 f.

³⁴⁶ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 130a.

³⁴⁷ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 130a.

³⁴⁸ Däubler/Däubler, § 14, Rn. 20.

der widerstreitenden Rechtspositionen im Sinne der praktischen Konkordanz den Schutz des Tarifgegners und Dritter anstelle der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn sicherstellen. Eine Prüfung von Arbeitskämpfen auf einen evidenten Rechtsmissbrauch hin erscheint Däubler um so folgerichtiger, als das BAG selbst seit seiner Grundsatzentscheidung von 1971 diesen Ausdruck verwendet. Als grundsätzliche Kritik am Verhältnismäßigkeitsmaßstab führt Däubler den Vergleich mit der Ausübung der Religions- bzw. Meinungsfreiheit an, deren Verknüpfung mit einem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit wohl von Juristen wie auch Laien als anstößig empfunden würde. Zudem verweist er auf die Möglichkeit des „Ausbrechens“ der unteren Instanzen, die nach Däubler den weiten Beurteilungsspielraum der Verhältnismäßigkeit dazu nutzen könnten, allgemeine Streikschränken zu errichten.

(4.) Hensche und Wolter betrachten die Anwendung des aus dem öffentlichen Recht stammenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die Belange der privatrechtlich organisierten Tarifparteien als Paradoxon³⁴⁹. Die Prüfung laufe im Effekt auf eine Begrenzung anstatt auf eine Sicherung des Gewährleistungsumfanges des Art. 9 III GG hinaus. Die Umdeutung des Maßstabs von einem freiheitsrechtlichen Verteidigungsinstrument zu einem in die Koalitionsbetätigungsfreiheit eingreifenden Regulativ seit 1971 leidet nach Hensche und Wolter maßgeblich an dem immanenten Widerspruch einer Prüfungsabfolge, die zwar anhand von eigenen Wertungen regulieren, dabei aber auch die Staatsferne des tariflichen Einigungsprozesses respektieren soll, somit zugleich die Wertungen der Tarifparteien akzeptieren muss.

Ausgangspunkt dieser widersprüchlichen Konstellation sei im Falle des Streiks die Hypothese des Eingriffscharakters des Arbeitskampfmittels³⁵⁰. Die Autoren referieren, dass der große Senat des BAG im Jahr 1971 von schädlichen, wenigstens aber störenden Wirkungen der klassischen Arbeitskampfmittel ausging, deren Konsequenzen „nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig“³⁵¹ beeinträchtigten und die daher durch ein Regulativ zu kontrollieren seien. Hensche und Wolter bestätigen zwar grundsätzlich die Wirkungen vielfältiger Ereignisse des Markt- und Wirtschaftsgeschehens, zu denen auch Arbeitskämpfe gehörten, auf die Belange Dritter und der Allgemeinheit. Nach ihrem Verständnis sind diese aber als Ausprägung der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung hinzunehmen, auch weil ein Übermaßverbot die Ausübung der Koalitionsfreiheit einer Art von Rechtfertigungszwang aussetzen würde, die den anderen wirtschaftlich ausgerichteten Freiheitsrechten, namentlich der Berufsfreiheit, fremd seien³⁵².

Folge der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sei das Problem, entsprechende Bezugsmaßstäbe bzw. Anknüpfungspunkte für die Prüfung finden zu müssen, die weder auf eine wenig aussagekräftige In-sich-Prüfung der Arbeitskampfmaßnahme am Maßstab ihrer eigenen Wirksamkeit³⁵³, noch auf eine staatliche Tarifizensur³⁵⁴ hinausliefe. Danach kommen weder die von der Gewerkschaft gesetzten Tarifziele als Anknüpfungspunkt in Betracht, noch die Kampfmittel selbst oder gar die Verbandsgröße bzw. das Gemeinwohl³⁵⁵. Hensche und Wolters Position läuft damit auf eine weitgehende Ablehnung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die Bewertung von Arbeitskampfmitteln hinaus. Beide bevorzugen das Prinzip der praktischer Konkordanz der sich im Arbeitskampf gegenüberstehenden widerstreitender Rechtsgüter von Verfassungsrang³⁵⁶.

³⁴⁹ Hensche, Wolter, S. 546, 554.

³⁵⁰ Hensche, Wolter, S. 554.

³⁵¹ Hensche, Wolter, S. 547, mit Bezug auf BAG 21.04.1971: AP GG Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 43 = BAGE 23, 292 ff.

³⁵² Hensche, Wolter, S. 547.

³⁵³ Hensche, Wolter, S. 550.

³⁵⁴ So Hensche und Wolter zu dem Anknüpfungspunkt des Tarifziels, vgl.: Hensche, Wolter, S. 548, 549.

³⁵⁵ Hensche, Wolter, S. 548 ff.

³⁵⁶ Vgl.: Hensche, Wolter, S. 558, 559; siehe zur Herstellung praktischer Konkordanz bei der hypothetischen Gegenläufigkeit der Eigentumsgarantie und der Koalitionsfreiheit, S. 70, Nr. 1.

c) Stellungnahme

Die von Hensche und Wolter bevorzugte unmittelbare Herstellung praktischer Konkordanz auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung kommt einer Verschlinkung des Prüfungsprogramms des BAG im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gleich. Auch das BAG sucht schließlich unter Wahrung der Staatsferne des Arbeitskampfes und der Vermeidung einer Tarifizensur³⁵⁷ die von Arbeitskampfmaßnahmen betroffenen Grundrechtspositionen zueinander in Beziehung zu setzen, um zu einem Urteil über ein Arbeitskampfmittel zu gelangen. Das Prüfungsprogramm des BAG nimmt am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Original Modifikationen wie die Einräumung einer Einschätzungsprärogative der Tarifparteien zur Geeignetheit und Erforderlichkeit vor, um den Schutzbereich des Art. 9 III GG nicht zu verkürzen³⁵⁸. Die gerichtliche Kontrolle von Arbeitskampfmitteln anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erscheint unter diesen Bedingungen trotz der umfassenden Kritik als grundsätzlich zielführend, wenn auch nicht als alternativlos. Dabei ist zu beachten, dass sowohl das BVerfG als auch das BAG ihre Prüfungen von Arbeitskampfbelangen ohnehin mit dem zweckmäßigen Versuch der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den beteiligten Grundrechtspositionen ergänzen.

Der Vorwurf der inhaltlichen Unbestimmtheit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird nach zutreffender Ansicht des BVerfG durch die „detaillierte dogmatische Durchformung“ des Grundsatzes durch die Wissenschaft und Rechtsprechung entkräftet³⁵⁹. Däublers Sorge hinsichtlich denkbarer untergerichtlicher Begrenzungen des Streikrechts anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist insofern nicht nachvollziehbar, als auch alternative Maßstäbe wie eine Rechtsmissbrauchskontrolle und etwa die praktische Konkordanz der gerichtlichen Ausgestaltung zugänglich sind. Bei der Betrachtung von Arbeitskampfmaßnahmen sind in jedem Fall Wertungen vorzunehmen, innerhalb derer auch stets Erwägungen denkbar sind, die zu einer tarifsystemwidrigen Be- oder auch Entgrenzung des Arbeitskampfes führen können. Allein eine gefestigte Rechtsprechung und ein System aus Grenzfällen, wie u.a. Dieterich es empfiehlt, bietet die Gewähr einer sachnahen Bewertung von Kampfmaßnahmen³⁶⁰.

3. Parität

Im Zentrum der arbeitskampfrechtlichen Spruchpraxis des BAG steht seit der Grundsatzentscheidung von 1955 als Ziel und Maßstab der Güterabwägung im Konfliktfall die Parität³⁶¹. Sie ist mit dem lateinischen Begriff für „Gleichheit“ bezeichnet, ist seit jeher Gegenstand unterschiedlichster Definitionsbemühungen in der Literatur und hat angesichts ihres schwer greifbaren Inhalts von vielen Seiten Kritik erfahren³⁶².

a) Parität nach BAG und BVerfG

In seinem Urteil zur Flashmob-Aktion in Berlin thematisiert das BAG es als eigenständigen Aspekt bei der Bewahrung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und verleiht ihr eine Doppelrolle:

³⁵⁷ Vgl.: Gamillscheg, § 22, S. 1067.

³⁵⁸ Vgl. Kissel, § 29, Rn. 21, der in dem Urteil der angreifenden Tarifpartei über die Geeignetheit des Kampfmittels einen Aspekt des ihr positiv wie negativ überlassenen Arbeitskampfrisikos sieht.

³⁵⁹ BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 41.

³⁶⁰ Kissel, § 29, Rn. 39 sowie Gamillscheg, S. 1133 warnen zugleich nachvollziehbar vor einer Entwicklung von der bereits jetzt rechtspraktisch problematischen Kasuistik hin zu einem Abzielen auf das unbestimmbare Gemeinwohl und der allgemeinen Sozialstaatsklausel bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Vgl. dazu oben: S. 25, Nr. 3.

³⁶¹ BAG 28.01.1955 Bl 1: AP GG Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 1; aber auch: BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 152; Dreier/Bauer, Art. 9 III, Rn. 98.

³⁶² Anschaulich: Treber, S. 402 f.

„Für die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts stellt die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sowohl Rechtfertigung als auch Grenze dar. Das Tarifvertragssystem ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichwertiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen. Funktionsfähig ist die Tarifautonomie nur, solange ein ungefähres Gleichgewicht (Parität) besteht. Unvereinbar mit Art. 9 III GG ist daher eine Ausgestaltung, wenn sie dazu führt, dass die Verhandlungsfähigkeit einer Tarifvertragspartei bei Tarifauseinandersetzungen einschließlich der Fähigkeit, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen, nicht mehr gewahrt ist oder ihre koalitionsmäßige Betätigung weitergehend beschränkt wird, als es zum Ausgleich der beiderseitigen Grundrechtspositionen erforderlich ist.“³⁶³

Weiterhin nutzt das BAG die Parität als Abwägungsgesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne:

„Konkrete Maßstäbe, nach denen das Kräftegleichgewicht der Tarifvertragsparteien beurteilt werden könnte, lassen sich Art. 9 III GG nicht entnehmen. Die Kampfstärke von Koalitionen hängt von einer im Einzelnen kaum überschaubaren Fülle von Faktoren ab, die in ihren Wirkungen schwer abschätzbar sind. Die Vorgabe, möglichst für Parität zwischen den Tarifvertragsparteien zu sorgen, genügt daher als Handlungsanweisung für die konkrete gerichtliche Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts allein in der Regel nicht. Das Paritätsprinzip ist wegen seiner Abstraktionshöhe als Maßstab zur Bewertung einzelner Kampfsituationen regelmäßig nicht ausreichend³⁶⁴. Es bezeichnet aber zumindest eine Grenze, die bei der gerichtlichen Ausgestaltung nicht überschritten werden darf (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 21 mwN, BAGE 123, 134).“³⁶⁵

Zu den Interpretationsvarianten der Parität gehören die formell verstandene Parität, die das BAG in seiner Grundsatzentscheidung von 1955 in Form einer Kampfparität und einer Waffengleichheit im Arbeitskampf forderte³⁶⁶ und mit Rückgriff auf Art. 3 I GG begründete³⁶⁷. Zu den Schwächen dieser vom BVerfG seit dem Jahr 1971 wieder aufgegebenen Konstruktion, deren „Waffengleichheit“ weniger tatsächlich als rechtlich gedacht war, zählt das Ausblenden der realen Verhandlungschancen, der tatsächlichen Auswirkungen von Arbeitskampfkaktionen ebenso wie der Voraussetzungen, unter denen Koalitionen Arbeitskämpfe führen³⁶⁸. Diese Schwächen teilt sich die formelle Parität mit der normativen Parität, welche eine Wertungsentscheidung des Grundgesetzes in Gestalt einer rechtlichen Gleichordnung der Koalitionen und ihrer klassischen Kampfmittel annimmt, die staatliche Eingriffe besonders rechtfertigungsbedürftig machten³⁶⁹. Die historische Parität ist von der Vorstellung geprägt, dass die Anwendung der historisch überkommenen Arbeitskampfmittel, also des Verbandsstreiks und der Aussperrung, das gewünschte Gleichgewicht in der Tarifverhandlungssituation herstellt. Auch diese Ansicht teilt die Schwächen der genannten formalisierenden Paritätsansätze. Treber wirft zudem ein, dass ein historisch geleitetes Verständnis der Parität in eine unauflösbare Konfliktsituation mit der grundsätzlichen Offenheit des Koalitionszwecks und seiner Mittel gerät. Zudem trage die in der historischen Parität postulierte Kontinuität der „angestammten“ Arbeitskampfmittel dem Deutungswandel durch das Grundsatzurteil des BAG von 1955, der erstmals Streiks nicht als Vertragsbruch wie noch in der Weimarer Zeit beurteilte, nicht Rechnung³⁷⁰. Aktuell definiert das BAG die Parität negativ und konstatiert, dass Ausgestaltungen des Arbeitskampfes der Parität

³⁶³ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 152.

³⁶⁴ So auch kritisch: Kersten, S. 66, 67 der allerdings die nicht minder abstrakte Funktionsfähigkeit des Tarifsystems zum Bezugspunkt von Verhältnismäßigkeitsprüfungen machen möchte.

³⁶⁵ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 154.

³⁶⁶ BAG 28.01.1955 Bl 1: AP GG Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 1.

³⁶⁷ BAG 28.01.1955 Bl 8 R: AP GG Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 1.

³⁶⁸ Treber, S. 405.

³⁶⁹ Vgl.: Treber, S. 405.

³⁷⁰ Treber, S. 407, 408.

zuwiderlaufen,

„wenn sie dazu führt, dass die Verhandlungsfähigkeit einer Tarifvertragspartei bei Tarifauseinandersetzungen einschließlich der Fähigkeit, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen, nicht mehr gewahrt ist oder ihre koalitionsmäßige Betätigung weitergehend beschränkt wird, als es zum Ausgleich der beiderseitigen Grundrechtspositionen erforderlich ist.“³⁷¹

Das BAG weist allerdings selbst darauf hin, dass sich Art. 9 III GG, also auch dem ihm innewohnenden Konzept der Parität, keine konkreten Maßstäbe, nach denen das Kräftegleichgewicht der Tarifvertragsparteien beurteilt werden könnte, entnehmen lassen. Entsprechend soll das Paritätsprinzip wegen seiner Abstraktionshöhe eher als Grenze, wohl im Sinne einer Missbrauchskontrolle, dienen, die bei der gerichtlichen Behandlung von Arbeitskämpfen beachtet werden soll³⁷².

b) Parität in der Literatur

Im Vordergrund heutiger Interpretationen stehen materielle Ansätze zur Parität. Nach Dieterich deutet Parität auf gleiche Verhandlungschancen hin, die wiederum etwa gleiche Verhandlungsstärke und Durchsetzungskraft der Tarifpartner voraussetzen³⁷³. Andernfalls, so die bekannte Feststellung des BAG, verkomme der Arbeitskampf zum kollektiven Betteln³⁷⁴. Eine Systematisierung aller Aspekte, die für das Ent- und Bestehen eines materiellen Verhandlungsgleichgewichts ausschlaggebend sind, gelingt derweil nicht zufriedenstellend. Die ökonomischen, politischen, medialen und anderweitigen gesellschaftlichen Einflussfaktoren sind für die Verdichtung im Begriff der Parität zu vielseitig, was nicht die übliche Unterschlagung dieser Faktoren in der rechtlichen Erörterung bedeuten kann, aber die inhaltliche Kapazitätsgrenze des Rechtsinstituts andeutet. Die als ungefähres Gleichgewicht der Verhandlungspositionen verstandene Parität ist von einer gewissen Abstraktheit und eignet sich daher nur sehr eingeschränkt zur Bewertung einzelner Arbeitskampfkongstellationen³⁷⁵. Als Indikator zur Garantie der Staatsfreiheit eines in etwa gleichgewichtigen Tarifverhandlungsprozesses ist die Parität, in dieser Rolle als Kampfparität bezeichnet³⁷⁶, besser geeignet³⁷⁷. Die entsprechende Prüfung muss sich indes letztlich auf evidente Gleichgewichtsstörungen bzw. eine Negativprüfung beschränken³⁷⁸, weil ein feststehender Prüfungsablauf der Offenheit des Tarifprozesses und der daraus folgenden historischen Entwicklungsdynamik des Arbeitskampfes nicht gerecht wird.

Scholz geht demgegenüber von einem stufenhaften Verhältnis der Parität aus: Zunächst bedeute Parität rechtliche Gleichordnung der Tarifparteien und ihrer Mittel. Eine „faktisch-soziale“ Gleichheit könne erst gefordert werden, wenn die als solche vorausgesetzte Gleichheit in „sozialstaatswidriger Weise“ gestört sei³⁷⁹. Diese Betrachtung geht in einem gewissen Umfang von einem prästabilen Gleichgewicht aus³⁸⁰, das bei Betrachtung der Historie des Arbeitskampfes und des umgebenden Wirtschafts- und Sozialgeschehens nicht bestätigt werden kann³⁸¹. Allerdings kommt Scholz hinsichtlich der Handhabbarkeit der Parität als Evidenzkontrolle letztlich zum gleichen Ergebnis wie etwa das BAG und Dieterich.

³⁷¹ BVerfG 04.07.1995: BVerfGE 92, 365 394; BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, Rn. 20; BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 152.

³⁷² BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 152; BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, 141 mwN.

³⁷³ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 112; so auch; BVerfG 26.06.1991: BVerfGE 84, 212, 229.

³⁷⁴ BAG 10.06.1980 A I 2a: AP Art. 9 GG, Arbeitskampf Nr. 65, ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 112.

³⁷⁵ So schon BAG 1980 AP Nr. 65, Art. 9 GG, A IV 2 sowie zu Flashmob-Aktionen: BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 152; ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 113.

³⁷⁶ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, Rn. 288; Treber, S. 411.

³⁷⁷ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, Rn. 288;

³⁷⁸ Raiser, Thomas, RdA, 1987, 201, 204; Treber, S. 414; ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 113.

³⁷⁹ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, Rn. 291, 292.

³⁸⁰ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, Rn. 291.

³⁸¹ Vgl.: Treber, S. 416.

Die häufig kritisierte Schwäche des Paritätsbegriffs ist seine mangelnde Quantifizierbarkeit. So betont Kemper, dass die materielle Parität nicht messbar ist, eine abstrakt verstandene Parität aber Kriterien zur genauen Bestimmbarkeit vermissen lässt, so dass die Forderung nach Parität eher Unklarheit stifte³⁸². Der Mehrwert der als Konsequenz der materiellen Parität durchzuführenden Evidenzprüfung kann mit einigem Recht bestritten werden. Nach meiner Ansicht kann die Parität bei der Betrachtung der übergeordneten Kräftekonstellation zwischen den Tarifparteien aber gleichwohl wichtige Hilfe leisten. Vor allem bei der Bewertung neuer Kampfmittel- und Strategien, wie etwa beim Streit um die Aussperrung am Ende der 1970er Jahre, der Änderung des § 116 III S.1 AFG und heutigen § 146 SGB IV einige Jahre darauf oder auch der aktuellen Diskussion um Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf, ist sie hilfreiche Zielbestimmung. Starre Kriterien für den Einzelfall oder auch nur langfristig konstante Wahrheiten darüber, wann Parität herrscht, sind angesichts der sich wandelnden Bedingungen des Tarifkonflikts gleichwohl nicht zu erwarten. Parität müsste bei tatsächlich „materieller“ Betrachtung auch unübersehbar viele Aspekte beinhalten, so dass eine Negativabgrenzung notwendig ist.

Parität kann nicht das Ziel haben, eine umfassend zu verstehende „Richtigkeit“ tariflicher Regelungen abzusichern³⁸³. Kemper betont zutreffend, dass der Gedanke einer Richtigkeitsgewähr weder zivil- noch verfassungsrechtlich haltbar ist³⁸⁴; Maßstäbe zur Beurteilung fehlen³⁸⁵. Demgegenüber stellt die Absicherung des Tarifprozesses gegenüber konzeptwidrigen staatlichen Eingriffen ein legitimes Ziel des Konzeptes der Parität dar. Die Kampfparität ist jedenfalls Voraussetzung, nicht aber Folge der staatlichen Neutralität³⁸⁶. Es ist jedoch unsicher, ob die zur Beurteilung der staatlichen Neutralität notwendigen Maßstäbe in jedem Fall greifbarer sind als jene zur Bewertung der Richtigkeit tariflicher Ergebnisse.

4. Die Staatsferne des Arbeitskampfes und die Neutralität staatlicher Stellen

Die Forderung nach der Staatsferne des Arbeitskampfes ist eine Konsequenz aus dem Postulat des freien Spiels der Kräfte im Tarifverfahren³⁸⁷ des Art. 9 III GG. Das BAG leitet sie unmittelbar aus der Bewertung des Art. 9 III GG als Freiheitsrecht der Koalitionen ab und folgert aus ihr das Recht der Koalitionen, ihre Kampfmittel nach eigenem Dafürhalten zu wählen³⁸⁸. Ebenso wie das Postulat der staatlichen Neutralität trägt die Forderung nach der Staatsferne des Tarifkonfliktes zur Ausgestaltung des Schutzbereiches von Art. 9 III GG bei.

Die Neutralität staatlicher Organe ist als komplementär zur Staatsferne des tariflichen Einigungsprozesses zu verstehen und gewinnt in Situationen Relevanz, in denen staatliche Akteure direkt oder mittelbar auf den Arbeitskampf einwirken, eine wortwörtlich verstandene Staatsferne des Arbeitskampfes also nicht besteht. Dabei ist die Grenze zwischen den Versuchen externer Einflussnahme, etwa durch Äußerungen, welche in einer pluralistischen politischen Gemeinschaft nicht zu unterbinden sind, und ein auf rechtliche Kompetenzen gestütztes Eingreifen zu ziehen³⁸⁹. Das Eingreifen des Staates in den tariflichen Einigungsprozess bedingt stets eine Beeinflussung der Möglichkeiten einer Tarifpartei auf die Gegenseite Druck auszuüben bzw. ihm standzuhalten und bedeutet in Arbeitskampsituationen auch stets eine Parteinahme für den Inhalt eines Tarifvertrages³⁹⁰. Nur in wenigen Fällen ist hingegen

³⁸² MKS/Kemper, Art. 9, Rn. 160 f.

³⁸³ Vgl. zur Kritik am Konzept der materiellen „Richtigkeit“: MKS/Kemper, Art. 9, Rn. 162; Gamillscheg, § 7, S. 285 f.

³⁸⁴ MKS/Kemper, Art. 9, Rn. 162.

³⁸⁵ Treber, S. 412; Gamillscheg, § 7, S. 286.

³⁸⁶ Treber, S. 412.

³⁸⁷ BAG 25.01.1963: BAGE 14, 52, 59.

³⁸⁸ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 151 f.; vgl. oben: S. 49, Nr. 1.

³⁸⁹ Kissel, § 34, Rn. 8.

³⁹⁰ Kissel, § 29, Rn. 35 mit Rückgriff auf v. Arland, S. 60 f.

eine ausgewogene Wirkung auf beide Parteien zu erwarten³⁹¹. Fehlende Staatsferne ist deshalb nicht schon mit einer staatliche Parteinarbeit deckungsgleich, legt sie aber nahe. Sowohl die Staatsferne als auch das Neutralitätspostulat betreffen grundsätzlich alle staatlichen Teilgewalten³⁹². Judikative Einwirkungen in Gestalt von Urteilen bzw. einstweiligen Verfügungen zu bestimmten Arbeitskämpfen und Kampfmitteln wie der Flashmob-Aktion in Berlin oder dem Lokführerstreik kommen regelmäßiger vor als Einwirkungen durch die Verwaltung wie jene der früheren Bundesanstalt für Arbeit vor der Änderung des ehemaligen § 116 III S. 1 AFG.

Der von Scholz beschriebene enge Zusammenhang der staatlichen Neutralität mit der Parität trifft in vergleichbarer Weise auf die Staatsferne des Tarifprozesses zu. Er betont zu Recht, dass das Neutralitätspostulat nicht nach Indifferenz oder Passivität des Staates und seiner Judikative gegenüber einzelnen Arbeitskämpfen verlangt, aber seine Berechtigung zum Handeln auf die Situation dysfunktionaler Koalitionsverfahren beschränkt³⁹³ und schließt sie für Koalitionsverfahren, die im weitesten Sinne funktionsfähig sind, aus. Das Postulat der staatlichen Neutralität definiert also die Möglichkeit bzw. Notwendigkeit staatlicher Interventionen in den Tarifprozess: Soweit Parität herrscht, kommt ein staatlicher Eingriff in das Tarifsysteem von vornherein nicht in Betracht. Herrscht sie nicht, ist der Staat zu Eingriffen zum Zwecke ihrer Wiederherstellung berechtigt und auch verpflichtet³⁹⁴.

Die geringe Ergiebigkeit der Rechtsprechung des BAG zu den Inhalten und Implikationen der schon früh angenommenen Forderungen nach staatlicher Neutralität³⁹⁵ erklärt sich durch die argumentative Betonung der Parität als Gradmesser für die Möglichkeit und ggf. Notwendigkeit staatlicher Einflussnahme durch das Gericht³⁹⁶. Das BVerfG spricht hingegen nicht explizit von einer staatlichen Neutralität, betont aber im Rahmen der Schutzbereichsumschreibung des Art. 9 III GG fortlaufend das Recht zur Bildung und Zweckverfolgung der Koalitionen „grundsätzlich frei von staatlicher Einflussnahme“³⁹⁷ bzw. „in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme“³⁹⁸.

Seiter leitet das staatliche Neutralitätsgebot, ähnlich wie das BAG im Flashmo-Urteil, die Staatsferne des Arbeitskampfes, unmittelbar aus den mit dem Freiheitsrecht „wesensnotwendig verbundenen Abwehrfunktionen her“³⁹⁹. Er fügt hinzu, dass die „wenig ermutigenden Erfahrungen“ mit dem System der staatlichen Zwangsschlichtung in der Weimarer Zeit zum Entstehen des Postulats der staatlichen Neutralität bzw. der Staatsferne des Arbeitskampfes beigetragen hätten⁴⁰⁰. Ein anderer als der von den betroffenen Tarifpartnern selbstständig erzeugter Kompromiss führt nach Seiders korrekter Lesart nicht zu der im Tarifsysteem beabsichtigten Befriedung des Arbeitslebens⁴⁰¹.

Der Forderung nach einer möglichst großen Staatsferne des tariflichen Einigungsprozesses ist ebenso wie derjenigen nach staatlicher Neutralität im Arbeitskampf als Verbot der Einflussnahme staatlicher Akteure auf Arbeitskämpfe in Tarifverhältnissen, in denen in einem weiten Sinne Parität herrscht, zuzustimmen⁴⁰². Sie erlauben einen am freiheitsrechtlichen Kern der Koalitionsfreiheit orientierten verfassungsrechtlichen Prüfungsablauf des Art. 9 III GG. Infolgedessen gebieten sie auch eine Einschät-

³⁹¹ Vgl.: Hindrichs, Mäulen, Scharf, S. 19.

³⁹² Vgl.: Seiter, S. 3.

³⁹³ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, Rn. 284.

³⁹⁴ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9, Rn. 284.

³⁹⁵ So auch: Seiter, S. 106, mit Hinweis auf BAG 28.01.1955: BAGE 1, 291.

³⁹⁶ Vgl. oben, S. 57, Nr. 3.

³⁹⁷ BVerfG 01.03.1979: BVerfGE 50, 290, 367.

³⁹⁸ BVerfG 24.05.1977: BVerfGE 44, 322, 340 f.; vgl.: Seiter, S. 107.

³⁹⁹ Seiter, S. 109.

⁴⁰⁰ Seiter, S. 109.

⁴⁰¹ Seiter, S. 109.

⁴⁰² Zur staatlichen Neutralität in diesem Sinne auch: Treber, S. 412 mit weiteren Referenzen. Dagegen wenden sich etwa Franzen, Thüsing, Waldhoff, S. 97 ff., die für den Arbeitskampf in Wirtschaftsbereichen der „Daseinsvorsorge“ neben anderen Begrenzungen der Koalitionsbetätigungsfreiheit auch eine einseitig anrufbare staatliche Zwangsschlichtung zum Zweck der unmittelbaren Beendigung von Arbeitskämpfen vorschlagen. Diesen auf große, arbeitskampffreie Ausnahmebereiche des Wirtschaftsgeschehens hinauslaufenden Gedanken lehnt Kissel, § 28, Rn. 5 ab.

zungsprärogative der Tarifparteien über die Geeignetheit und Erforderlichkeit von Arbeitskampfmaßnahmen, wie sie auch das BAG im Urteil über Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf annimmt⁴⁰³. Wäre bei anderer Ansicht die Inhalte gewerkschaftlicher Tarifforderungen bzw. die Erforderlichkeit und Geeignetheit von Kampfmaßnahmen der umfassenden Überprüfung durch die Arbeitsgerichte unterworfen⁴⁰⁴ oder wären große Teile des Wirtschaftslebens sogar wieder dem Primat einer staatlichen Zwangsschlichtung unterworfen⁴⁰⁵, würde die selbstbestimmte Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Tarifpartner enden und das Freiheitsrecht aus Art. 9 III GG griffe ins Leere⁴⁰⁶.

5. Opfer der angreifenden Partei im Arbeitskampf

In der Struktur des streik- und aussperrungsbasierten Arbeitskampfes ist das Regulativ der Arbeitskampfkosten für die beteiligten Parteien mitgedacht⁴⁰⁷. Auch bei der Prüfung der Angemessenheit der Arbeitskampfmaßnahme Flashmob betont das BAG die Rolle eigener Opfer der angreifenden Partei:

„Insbesondere bei anderen als den „klassischen“ Arbeitskampfmitteln des Streiks und der Aussperrung kann für die Beurteilung der Angemessenheit von Bedeutung sein, ob das Kampfmittel mit eigenen Opfern des Angreifers verbunden ist und ob dem Gegner effektive Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Ein Arbeitskampfmittel, das frei von eigenen Risiken eingesetzt werden kann und zugleich dem Gegner keine Verteidigungsmöglichkeiten lässt, gefährdet typischerweise die Verhandlungsparität.“⁴⁰⁸

Zivilrechtlich ist mit Opfern allgemein eine Vermögenseinbuße bezeichnet⁴⁰⁹. Das BAG konkretisiert in der Flashmob-Entscheidung von 2009 entsprechend:

„Der Streik als klassisches Arbeitskampfmittel der Arbeitnehmer führt in seinen verschiedenen Erscheinungsformen stets unmittelbar zu einem eigenen finanziellen Opfer der Streikenden. Da sie durch den Streik ihren Vergütungsanspruch verlieren, ist mit dieser Arbeitskampfmaßnahme immer eine Selbstschädigung verknüpft. Dies trägt - jedenfalls typischerweise - dazu bei, dass Gewerkschaften und Arbeitnehmer mit diesem Arbeitskampfmittel (eigen-)verantwortlich umgehen (...).“⁴¹⁰

Das BAG erwartet demnach eine disziplinierende Wirkung, die eigene wirtschaftliche Nachteile auf die angreifende Tarifpartei haben, und geht im Umkehrschluss davon aus, dass Kampfmittel ohne eigene Risiken die Verhandlungsparität typischerweise gefährden. Da ein Risiko in der juristischen Terminologie bereits die naheliegende Möglichkeit eines Schadenseintrittes bezeichnet, aber nicht zwangsläufig einen Schadenseintritt erfordert, deutet die Formulierung des BAG wenigstens nicht auf die grundsätzliche Notwendigkeit einer tatsächlich eingetretenen Vermögensminderung der angreifenden Partei beim Einsatz von Flashmob-Aktionen hin.

Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf basieren in deutlich stärkerem Maß als die klassischen Kampfmittel auf situativen Erfolgsbedingungen⁴¹¹. Die mobilisierbare Mindestteilnehmerzahl, die genauen Umstände des Aktionsortes und die Reaktion der Gegner sind als weitgehend externe Bedingungen

⁴⁰³ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 153; in diesem Sinne äußert sich auch ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 130.

⁴⁰⁴ So etwa Kersten, S. 63, 91 vgl. oben, S. 42 f., b).

⁴⁰⁵ So Franzen, Thüsing, Waldhoff, S. 97 ff.

⁴⁰⁶ Vgl. zu den Einzelaspekten Kissel, § 29, Rn. 28, 29, 34.

⁴⁰⁷ Kissel, § 33, Rn. 1 ff.

⁴⁰⁸ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 154.

⁴⁰⁹ Siehe etwa: Palandt/Grüneberg, Vorb. v. § 249, Rn. 9, 10.

⁴¹⁰ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 155.

⁴¹¹ Rehder, Deinert, Callsen, S. 9.

nicht im Detail steuerbar. Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf gehen daher im Vergleich zu herkömmlichen Streiks von einem modifizierten Begriff des „Erfolgs“ aus: Während eine Gewerkschaft nur von einem erfolgreichen Streik sprechen kann, wenn sowohl die Mobilisierung der angestrebten Teilnehmerzahl gelungen ist, als auch ein hinreichender finanzieller Druck und öffentliche Zustimmung erwirkt wurde, um unmittelbare Zugeständnisse im Verhandlungsprozess zu erzielen, ist der Erfolgsbegriff bei Flashmob-Aktionen vor allem durch die gelungene, medial wirksame Darstellung des Arbeitskampfes und seiner Ziele geprägt, die indirekt Druck auf die Arbeitgeberseite ausüben soll. Als sekundäre Ziele sollen Gewerkschaftsmitglieder durch die Organizing-Aktion an die Organisation gebunden werden und bei Arbeitnehmern, die nicht an der Aktion beteiligt, aber von ihr betroffen sind, soll Interesse für gewerkschaftliche Arbeit geweckt werden und die gewerkschaftliche Position zur öffentlichen Kenntnis gebracht werden. Die Flashmob-Aktion zielt hingegen als streikbegleitende Maßnahme nicht primär auf die siegreiche Beendigung des finanziellen Abnutzungskonfliktes Arbeitskampf⁴¹². Fraglich ist daher, ob das BAG bei der Bewertung von paritätsrelevanten Aspekten von Flashmob-Aktionen auch arbeitskampfstrategische Risiken, organisatorischen Aufwand und Imagerisiken bei der medialen Darstellung zu den wertungsrelevanten Opfern zählt⁴¹³.

a) Position des BAG zu den Opfern angreifender Tarifparteien in der Flashmob-Entscheidung von 2009

Das BAG bezieht sich in seiner Argumentation zu den Opfern und Risiken der angreifenden Tarifpartei in der Flashmob-Entscheidung von 2009 auf seine eigene Rechtsprechung und zitiert beispielhaft einige Entscheidungen⁴¹⁴. Die Urteile gehen regelmäßig von dem Gedanken aus, dass die überkommenen Arbeitskampfmittel in Form des Wegfalls der Arbeitsleistung bzw. des Lohnanspruchs eine kampfbeschränkende Wirkung auf die Tarifparteien haben.

b) BAG 1980 - Zweischnidiger Charakter des Streiks und der Aussperrung und finanzielle Erwägungen

In der BAG-Entscheidung zur Aussperrung in der Druckindustrie von 1980, auf die sich die Argumentation des 1. Senats in der Entscheidung vom September 2009 stützt, wird im Rahmen der Erörterung zur Parität die finanzielle Strategie der Tarifpartner im Arbeitskampf beleuchtet. Die BAG-Entscheidung untersucht in erster Linie die Zulässigkeit von Aussperrungen im Hinblick auf Teil- und Schwerpunktstreiks unter der damaligen Gesetzeslage und Rechtsprechung⁴¹⁵, also besondere Ausprägungen klassischer Arbeitskampfmittel. Dementsprechend fordert das BAG auch nicht konkret finanzielle Opfer der Tarifpartei, die im Arbeitskampf die Initiative ergreift, sondern stellt vielmehr seine Sicht auf die arbeitskampfstrategischen Überlegungen von Gewerkschaften und Arbeitsgeberverbänden dar.

Das BAG wendet sich dabei auch gegen einen Sprachgebrauch, der die jeweiligen Arbeitskampfmittel als Angriffs- und Verteidigungswaffen bezeichnet und ihre Anwendung als Schlag und Gegenschlag versteht⁴¹⁶. Diese Terminologie verdecke bei aller Unterschiedlichkeit der Arbeitnehmer- bzw. Arbeitsgeberstrategien die Eigenschaft der Arbeitskampfmittel als zweiseitige Waffen, deren Einsatz das gegnerische wie auch das eigene Lager finanziell beschädigt und damit unter Druck setzt⁴¹⁷. Auf

⁴¹² Weber bezeichnete den Arbeitskampf auch salopp als „Kalkulationswettbewerb der Kassierer und Verbandsschatzmeister“, Weber, Wirtschaft und Gesellschaft; Wiesenhal, Strategie und Illusion, S. 73.

⁴¹³ Hierzu knapp: Kissel, § 76, Rn. 23.

⁴¹⁴ Siehe etwa BAG, 09.06.2007, BAGE 123, 134 sowie die Leitsätze der Entscheidung BAG 10.06.1980: BAGE 33, 140.

⁴¹⁵ Siehe Leitsätze der Entscheidung BAG 10.06.1980: BAGE 33, 140.

⁴¹⁶ BAG 10.06.1980 A V 1: BAGE 33, 140.

⁴¹⁷ BAG 10.06.1980 A V 1: BAGE 33, 140.

Seiten der Gewerkschaften geschieht dies durch die satzungsmäßigen Unterstützungszahlungen im Fall von Streik oder Aussperrung, die wenn überhaupt nur etwa zwei Drittel des Nettolohns erreicht, bzw. die individuelle Lohneinbuße der Arbeitnehmer; auf Seiten der Arbeitgeberverbände besteht ebenfalls die Pflicht zur Unterstützung ihrer Mitglieder im Arbeitskampf. Für das einzelne Unternehmen besteht der Druck in dem Verkräften bzw. der organisatorischen Kompensation des Wegfalls der Arbeitsleistung von Beschäftigten.

Bei der Frage, welchen Einfluss Teilstreiks und auf sie bezogene Abwehraussperrungen auf die Parität haben, widerlegt das BAG den damals geäußerten Gedanken, die Kampfkraft der Arbeitnehmerseite sei von der wirtschaftlichen Widerstandsfähigkeit der einzelnen Arbeitnehmer entkoppelt und lediglich vom Vermögen der Gewerkschaften abhängig. Letzteres wurde von damaligen Beobachtern teilweise als umfangreich und verselbstständigt wahrgenommen⁴¹⁸. Das BAG erläutert demgegenüber, dass die Streikkasse, welche über die gewerkschaftliche Kampfkraft bei Streik und Aussperrung zentral mitentscheidet, sich auf die laufenden Beiträge der Mitglieder gründet. Da die Gewerkschaften für die Arbeitskämpfe in den späten 1970er Jahren zwei- bis dreistellige Millionenbeträge hätten aufwenden müssen, sei die arbeitgeberseitig geäußerte Sorge einer Paritätsstörung aus dem finanziellen Hintergrund der Gewerkschaften ohne Grundlage. Zum Teilstreik führt das BAG an, dass diese Streikform von der grundsätzlich bestehenden Kampfmittelfreiheit umfasst sei⁴¹⁹. Finanzielle Vorteile des Teilstreiks für die Arbeitnehmerseite seien aufgrund der Rechtsprechung des BAG zum Betriebsrisiko bei Arbeitskämpfen⁴²⁰ und des consequenten Lohnausfalls der mittelbar betroffenen Arbeitnehmer zu vernachlässigen. Lediglich ein Teilstreik, der die Solidarität des Arbeitgeberlagers gezielt unterminiert, wird als paritätsrelevant wahrgenommen.

Der Gedanke, dass Tarifparteien und ihre Mitglieder im Arbeitskampf finanzielle Opfer bringen, ist den Ausführungen in der Entscheidung bereits vorgeschaltet. Demnach ist der Entscheidung in dieser Hinsicht keine detaillierte Argumentation zu entnehmen. In Gestalt des Teilstreiks thematisiert die Entscheidung jedoch auch ein Kampfmittel, das ähnlich wie der Flashmob in der Kritik stand, ohne adäquate Kosten des Angreifers große Schäden bei den Arbeitgebern hervorzurufen und so zu Paritätsstörungen zu führen⁴²¹. Eine unmittelbare Übertragung der Argumentationen der BAG-Entscheidung zur Aussperrung von 1980 auf streikbegleitende Maßnahmen wie den Flashmob scheint indes nicht möglich: Flashmob-Aktionen sind im Arbeitskampf bislang nur zur Unterstützung laufender Streiks eingesetzt worden. In dieser Konstellation greift der regulierende Mechanismus gegenseitiger finanzieller Belastungen bereits vollumfänglich. Eine entscheidende, gar paritätsrelevante Verschiebung der Kosten durch Flashmob-Aktionen kann indes nicht angenommen werden.

c) BAG 11.05.1993

Das BAG formuliert in seinem Urteil zur Unterbrechung eines Streiks wegen eines Feiertags vom 11.05.1993 hinsichtlich finanzieller Belastungen im Arbeitskampf:

„Die kampfführenden Parteien haben darauf zu achten, daß die jeweilige Kampfmaßnahme nicht zur Existenzvernichtung des Gegners führt. Bei Beachtung dieses Grundsatzes soll und darf durch jede Kampfmaßnahme, Streik wie Aussperrung, Druck auf den Gegner dadurch ausgeübt werden, daß ihm möglichst viele Kosten auferlegt werden, damit er

⁴¹⁸ Dieser Gedanke lag angesichts der damals umfangreichen, letztlich aber durch schwere Rückschläge geprägten wirtschaftlichen Betätigungen des DGB und seiner Mitglieder nicht völlig fern. Insbesondere das aufsehenerregende Scheitern des DGB-eigenen Konzerns „Neue Heimat“ und der nachfolgende Niedergang der Idee einer gewerkschaftlich getragenen Gemeinwirtschaft hat derartige Sorgen allerdings vor geraumer Zeit verstummen lassen, vgl.: Negt, S. 67.

⁴¹⁹ BAG 10.06.1980: BAGE 33, 140, A V 2.

⁴²⁰ BAG 10.06.1980: BAGE 33, 140, A, V, 3 a.

⁴²¹ BAG 10.06.1980: BAGE 33, 140, A, V, 3 a.

möglichst schnell einem Tarifvertrag zustimmt, der weitgehend den eigenen Interessen entspricht.“⁴²²

Die in dieser Entscheidung umrissene klassische wirtschaftliche Druckausübung durch Streiks unter Beachtung der Verhältnismäßigkeitsgrenze der Existenzvernichtung ist bei Flashmob-Aktionen gerade nicht Handlungsziel. Zwar ist auch bei Flashmob-Aktionen eine Beeinflussung des Gegners beabsichtigt, Mittel zum Zweck ist allerdings die öffentliche Aufmerksamkeit, nicht die wirtschaftliche Druckausübung⁴²³. Angesichts des Umstandes, dass Flashmob-Aktionen regelmäßig laufenden Streiks begleiten, um deren Wirkung zu unterstützen, kommt der klassischen finanziellen Druckausübung auch bei Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf nur eine indirekte Bedeutung zu.

d) BAG 11.05.1993 bis 27.06.1995 - Suspendierende Betriebsstillegung

In einer Reihe von Entscheidungen zwischen 1993 und 1995 nimmt das BAG zur Pflicht der Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern während Streiks bzw. zur Möglichkeit einer Betriebsstillegung durch den Arbeitgeber Stellung, welche die gegenseitigen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag suspendiert. Die Urteilsreihe bemüht sich um eine paritätisgerechte Verteilung des Arbeitskampftrisikos⁴²⁴, wobei im Kern eine den Chancen des Arbeitskampfes entsprechende Verteilung der Nachteile zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gesucht wird⁴²⁵. Die Risiken des Arbeitskampfmittels treten, wie auch beim Streik und der Aussperrung üblich, in der Gestalt finanzieller Einbußen durch das temporären Nichtentstehen individueller Lohnansprüche auf und rahmen auch das Mittel der Betriebsstillegung ein. Eine explizite Erläuterung der Drohungslogik klassischer Arbeitskampfmittel nimmt das BAG an dieser Stelle jedoch nicht vor. Im Hinblick auf Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf kann der hier betonten funktionalen Verteilung der Chancen und Risiken von Arbeitskampfeinsätzen zugestimmt werden. Dabei ist allerdings auch hier die Einschränkung zu beachten, dass das Risiko des Verlustes relevanter finanzieller Mittel für die Tarifparteien in Flashmob-Aktionen nicht angelegt ist und lediglich in Gestalt der regelmäßig gleichzeitig erfolgenden Streikbemühungen in Erscheinung tritt.

e) BAG 19.06.2007

Die BAG-Entscheidung über den Unterstützungsstreik von 2007 führt hinsichtlich der Arbeitskampfstrategien aus:

„Im Regelfall macht jedoch ein solcher Streik (ein Unterstützungs- oder Sympathiestreik, d. Verfasser) auch für die Gewerkschaft keinen Sinn. Diese nimmt die Belastungen, die mit einem Unterstützungsstreik für sie selbst und die bei ihr organisierten Arbeitnehmer verbunden sind, regelmäßig nur dann auf sich, wenn sie sich davon Auswirkungen auf den Hauptarbeitskampf verspricht.“⁴²⁶

Der erste Senat geht auch hier nicht wörtlich auf die finanziellen Opfer ein, die ein Streik für Beschäftigte wie Gewerkschaft bedeutet, setzt sie vielmehr voraus. Zwar liegt eine Deutung der genannten Belastungen als finanzielle Opfer allein aus der Geschichte des Arbeitskampfes nah, allerdings sind finanzielle Aspekte nicht die einzigen Belastungen, die ein Streik für die Gewerkschaften und die Beschäftigten mit sich bringt, so dass dem BAG keine sprachliche Ungenauigkeit vorgeworfen werden muss. Die befriedende Funktion von Streiks wird dabei vorausgesetzt. Für Flashmob-Aktionen im

⁴²² BAG 11.05.1993: BAGE 73, 141, 149, 150.

⁴²³ Vgl.: S. 3, Nr. 1.

⁴²⁴ Zur suspendierenden Betriebsstillegung zunächst ablehnend: BAG 14.12.1993: BAGE 75, 186, 190 f; später zustimmend: BAG 22.03.1994: BAGE 76, 196 ff. sowie BAG 27.06.1995: BAGE 80, 213, 216 und BAG 11.07.1995: BAGE 80, 265.

⁴²⁵ BAGE 80 265; vgl.: Däubler/Ögüt, § 19, Rn. 89 ff.

⁴²⁶ BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, 146, Rn. 35.

Arbeitskampf ergibt sich auch nach diesem Urteil die bereits dargelegte Besonderheit, nach der in dem vor allem massenmedial ausgelegten Konzept der innerbetrieblichen Flashmob-Aktion finanzielle Erwägungen weit zurücktreten und regelmäßig nur in dem parallel geführten Streik Bedeutung gewinnen.

f) Position der Literatur und Stellungnahme zu Opfern bei atypischem Kampfmitteleinsatz

Eine breite Erörterung der finanziellen Belastungen der Kampfparteien im Sinne von Selbstschädigungen ist in der Literatur nicht ersichtlich. Die bisherige Literatur trifft Aussagen zu Opfern lediglich für die klassischen Arbeitskämpfungsmittel und ihre spezifischen Problemstellungen, eine Übertragbarkeit auf Opfer im Rahmen von streikbegleitenden Maßnahmen ist daher zu überprüfen.

Dieterich geht mit Otto zutreffend davon aus, dass ein gewichtiges Motiv der Tarifparteien im Arbeitskampf die Erhöhung der Kosten für den Gegner ist⁴²⁷. Treber spricht im Zusammenhang von Finanzkraft und gewerkschaftlichem Streikmonopol davon, dass der finanziellen Belastung der Gewerkschaften hinsichtlich ihrer Kampffähigkeit Bedeutung zukommt⁴²⁸. Wolter betont die zum Teil erheblichen wirtschaftlichen Risiken von Streiks für Arbeitnehmer und Gewerkschaften, die für letztere in der Vergangenheit zum Teil existenzbedrohende Ausmaße gehabt hätten und die Suche nach ökonomisch weniger gravierenden, gleichwohl den „druckvollen Kampf“ ermöglichenden Mitteln inspiriert hätten⁴²⁹. Der erste Senat des BAG betrachtet die Regulierungswirkung von eigenen Opfern und Risiken der angreifenden Partei in der Flashmob-Entscheidung entsprechend seiner früheren Rechtsprechung als paritätsrelevant. Dabei geht der Senat zwar von einer zügelnden Wirkung der finanziellen Einbußen auf die Tarifparteien aus, enthält sich aber einer weiteren Systematisierung des Gedankens der eigenen Opfer der angreifenden Partei.

Insbesondere im Hinblick auf atypische Arbeitskämpfungsmittel wie Flashmob-Aktionen bleibt offen, ob im Sinne einer extensiven Interpretation von Opfern auch nichtmonetäre Nachteile erfasst werden. Anerkannt ist, dass klassische wie auch neuere atypische Arbeitskämpfformen die Gefahr erheblicher nichtmonetärer Nachteile für die „angreifende“ Tarifpartei beinhalten: Aus gewerkschaftlicher Sicht bieten erfolgreich geführte Streiks zwar die Möglichkeit erheblicher Drucksausübung, bergen andererseits aber auch die Gefahr des ergebnislosen Endes und der daran geknüpften Imageschäden mit Folgen für die zukünftige Durchsetzungstärke und Mitgliederentwicklung. Aufwendige Planung und detaillierte Abwägungen sollen diese Risiken minimieren.

Die Datenlage hinsichtlich der gewerkschaftlichen Kosten von Arbeitskämpfen ist allgemein dünn. Aus den hart geführten Tarifkonflikten der 1970er und -80er Jahren liegen Zahlen der IG Metall vor: Für den Arbeitskampf der Metallarbeiter Nordbadens wandte die IG Metall für die 200.000 Streikenden nach eigener Aussage 130 Mio DM auf⁴³⁰. Die IG Druck und Papier hatte nach eigenen Angaben für die Jahre 1976 und 1978 Arbeitskampaufgaben in Höhe von 33 bzw. 15 Mio DM⁴³¹. Die Dimension der individuellen Streikkosten für ein streikendes Gewerkschaftsmitglied ist anhand der Höhe der Streikunterstützung bei gleichzeitigem Wegfall des Lohnanspruches zu bestimmen. Ein IG-Metall-Neumitglied⁴³² erhält so für die Dauer eines einwöchigen Streiks rund 51% des Lohnes, ein Mitglied mit längerer Mitgliedschaft⁴³³ erhält das Äquivalent von rund 56 % und eine Altmitglied⁴³⁴

⁴²⁷ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 131; Otto, § 8, Rn. 8.

⁴²⁸ Treber, S. 437.

⁴²⁹ Däubler/Wolter, § 21, Rn. 166.

⁴³⁰ BAG 18.02.2003, B II 1: BAGE 105, 5 mit weiteren Verweisen nach sh S. 267 ff., und Hirche, S. 480 ff.

⁴³¹ BAG 10.06.1980, A V 1: BAGE 33, 140.

⁴³² Nach § 23 der Satzung der IG-Metall definiert durch eine Beitragsleistung zwischen drei und zwölf Monaten: Satzung der IG Metall, § 23, S. 37.

⁴³³ Satzung der IG Metall, § 23, S. 37.

⁴³⁴ Satzung der IG Metall, § 23, S. 37.

erhält ebenso wie Arbeitnehmer in der Ausbildung rund 60 %⁴³⁵. Das bei ver.di existierende System der Streikunterstützung umfasst einen Betrag pro Mitglied und Streiktag, der bei der Hochrechnung auf einen Monat etwa 53 % des Lohnes entspricht. Parallel besteht für kürzere Arbeitskämpfe ein System der stundenbasierten Streikunterstützung, wobei Neumitglieder Beträge erhalten, die rund 47 % ihres Lohnes entsprechen, Altmitglieder etwa 53 %. Hat ein betroffenes ver.di-Mitglied kindergeldberechtigter Kinder, erhöht sich die Streikunterstützung⁴³⁶.

g) Opfer der angreifenden Partei im Arbeitskampf: Fazit

Eine Systematik, welche die Betrachtung der Parität unter dem Aspekt der finanziellen Einbußen nachvollziehbar machen könnte, steht jedoch aus. Dies erklärt sich u.a. durch die vom BAG ange-deutete Vielfältigkeit der paritätsrelevanten Faktoren. Mit Blick auf die vielgestaltigen atypischen Arbeitskämpfungsmittel wie den Flashmob sei dabei angemerkt, dass das BAG derzeit lediglich von der Zulässigkeit eines streikbegleitenden Einsatzes ausgeht. Das bedeutet, dass eine wirtschaftliche Druckausübung auf den Gegner nicht im Vordergrund steht⁴³⁷, so dass sich auch eine Übertragung der Erkenntnisse zum Streik, zur Aussperrung und zur suspendierenden Betriebsstillegung verbietet. Näher liegt der Gedanke, dass die finanziellen Einbußen der kampf führenden Parteien bei atypischen Arbeitskämpfungsmitteln einen vergleichsweise geringeren Einfluss auf die Bewertung der Parität und Verhältnismäßigkeit haben sollten. Dies ist eine Konsequenz aus den stärker medial ausgerichteten Tarifauseinandersetzungen der letzten Jahre.

Entsprechend dieser Entwicklung liegt der Gedanken nahe, die Betrachtung des durch Arbeitskämpfungsmassnahmen verursachten gegenseitigen Druckes und der Selbstschädigungen extensiv zu gestalten. Nichtmonetäre Aspekte der öffentlichen Wirkung sind für die Bewertung der Paritätsrelevanz von Flashmob-Aktionen zu berücksichtigen, ihr Messen an der finanziellen Belastung der Initiatoren, wie es für den Streik sinnvoll ist, geht demgegenüber fehl. Die durch Flashmob-Aktionen verursachten finanziellen Belastungen der Tarifparteien sind in der Vergangenheit regelmäßig gering ausgefallen, bzw. nicht Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen geworden, so dass auch ihre Paritätsrelevanz regelmäßig nicht nahliegt.

III. Flashmob-Aktionen und Koalitionsfreiheit: Fazit

Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf sind vom Schutzbereich der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG umfasst. Die historischen Wurzeln und die Struktur des Grundrechts unterstreichen den vorwiegend freiheitsrechtlichen Charakter der Norm, während für institutionelle Interpretationsansätze im Allgemeinen nur wenig, für die von Kersten im Rückbezug auf Haverkate vertretene „doppelt gestufte Gegenseitigkeitsordnung“ allerdings überhaupt kein Raum verbleibt. Angesichts der Notwendigkeit, bei der möglichen Rechtfertigung von Flashmob-Aktionen zwischen den Rechtsgütern der Tarifparteien abzuwägen, scheint der vom BAG gewählte Maßstab der Verhältnismäßigkeit zum Zweck der Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen im Vergleich zu der in der Literatur zuweilen vorgeschlagene Missbrauchskontrolle jedenfalls nicht als weniger zielführend. Im Unterschied zu einem Ausgleich der Grundrechtspositionen der Tarifparteien anhand der praktischen Konkordanz beinhaltet die Verhältnismäßigkeitsprüfung in Gestalt der Geeignetheits- und die Erforderlichkeitsprüfungen Elemente, die für eine Bewertung des Arbeitskampfgeschehens bisweilen unzweckmäßig erscheinen.

⁴³⁵ Berechnung auf Basis der Satzung der IG Metall für eine „Streikwoche“, Satzung der IG Metall, ebenda.

⁴³⁶ Vgl.: <http://www.verdi.de/service/beratung-unterstuetzung/++co++f4f64900-bdd0-11e0-7de3-00093d114afd>, zuletzt abgerufen am 11.09.2013

⁴³⁷ Siehe oben: S. 3, Nr. 1.

Sie wirken angesichts des zu beachtenden Postulats der Staatsferne des Tarifprozesses und der Einschätzungsprärogative der handelnden Tarifpartei eher als Teilaspekte einer Missbrauchskontrolle, denn als eigenständige Prüfungsgesichtspunkte. Im Ergebnis sind beide Prüfungen lediglich in der Lage, evident ungeeignete und nicht erforderliche Arbeitskampfmittel als unverhältnismäßig zu qualifizieren. Die praktische Relevanz derartiger Sachverhalte ist jedoch sehr gering.

Als Anknüpfungspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung wählt das BAG aktuell die Erreichung eines rechtmäßigen Kampfzieles, eine Praxis die teilweise als Zirkelschluss kritisiert wird. Die Literaturdebatte um die Frage nach dem korrekten Anknüpfungspunkt erscheint als Beitrag zur grundrechtsdogmatischen Konzeption der Koalitionsbetätigungsfreiheit aus Art. 9 III GG ergebnislos, ist aber kurz- und mittelfristig vor allem als Ausdruck der verfassungsrechtlichen Überprüfung einer nur begrenzt justiziablen Grundrechtsausübung zu sehen. Die Praxis der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Arbeitskampfmitteln kann nicht an der dogmatisch einwandfreien Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgerichtet werden, notwendige Wertungsinhalte nicht aus ihr gewonnen werden. Weil die Staatsferne des tariflichen Einigungsprozesses und die Arbeitskampfmittelfreiheit ebenso wie die Chance zu einer gerichtlichen Überprüfung von Arbeitskampfmitteln weiterhin zu gewährleisten sind, ist die Bildung von Fallgruppen und typischerweise zu beachtenden materiellen Gesichtspunkten deshalb sowohl notwendig wie auch hinreichend für eine sachgemäße Bewertung von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf.

An der Geeignetheit der bisher zu diesem Zweck genutzten Gesichtspunkte der weitgehenden Freiheit der Kampfmittelwahl und der Staatsferne des Arbeitskampfes bestehen keine entscheidenden Zweifel. Die innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung bemühte Zielvorstellung der Parität erscheint hingegen trotz der Versuche der Systematisierung etwa durch Scholz als unscharf und bedarf ebenso wie die Verhältnismäßigkeit selbst der Exemplifikation durch Fallgruppen und ergänzende Prüfungsgesichtspunkte. Die Erbringung wirtschaftlicher Opfer der angreifenden Partei sollte angesichts der Rechtsprechungsgeschichte zum Arbeitskampf und der starken massenmedialen Ausrichtung moderner Arbeitskämpfe bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf allerdings eine untergeordnete Rolle spielen.

Kap. 6 Eingriffe in Eigentum und Besitz durch Flashmob-Aktionen

Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf tangieren regelmäßig das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des betroffenen Unternehmens. In der Reaktion auf das BAG-Urteil zum Flashmob wurde in der Literatur jedoch entgegen des Prüfungsprogramms des BAG zum Teil auch eine Beeinträchtigung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 I GG angenommen⁴³⁸, vom BVerfG in seiner Entscheidung über die entsprechende Urteilsverfassungsbeschwerde hingegen als bloße Behauptung ohne nähere Begründung abgelehnt⁴³⁹. Wie die in Kapitel 9 dargestellten Fallgestalten⁴⁴⁰ illustrieren, sind die möglichen Anwendungsformen von Flashmob-artigen Aktionen im Arbeitskampf überaus vielfältig, so dass die Analyse der Aktion am Berliner Ostbahnhof keine unmittelbar verallgemeinerungsfähige Prüfungsergebnisse zur zivil- und verfassungsrechtlichen Rechtmäßigkeit verspricht. Die eigentumsrechtliche Betrachtung des Berliner Flashmob kann jedoch dazu dienen, Klarheit über ein zweckmäßiges Prüfungsprogramm für Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf zu gewinnen. Anknüpfungspunkte für Grundrechtsbeeinträchtigungen sind im Falle des Berliner Flashmobs vor allem die Behinderung der Kassiertätigkeit durch die Aktionsteilnehmer. Beschädigungen an Handelswaren wurden zwar in der Literatur diskutiert, konnten aber nicht nachgewiesen werden.

I. Eigentumsbeeinträchtigungen durch den Berliner Flashmob

Die differenzierte normative Ausgestaltung des Eigentums durch den einfachen Gesetzgeber prägt den verfassungsrechtlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie auf dem Weg über die Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Art. 14 I 2 GG, so dass der Inhalt des Eigentums durch eine Zusammenschau aller relevanten einfachgesetzlichen Regeln mit Eigentumsrelevanz zu bestimmen ist. Damit sind spätestens seit der vielbeachteten Naßauskiesungsentscheidung nicht mehr nur „das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen“ gemeint, sondern das Zusammenspiel zivilrechtlicher mit öffentlich-rechtlichen Normierungen⁴⁴¹. Dennoch unterscheidet sich der grundrechtliche Schutzbereich in mehrfacher Weise von jenem des einfachen Gesetzesrechts. Die Verfügungsbefugnis über die einzelnen Gegenstände, auf die sich das Eigentumsrecht erstreckt, gehört zweifellos zum Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Demnach sind die sachlichen und geistigen Einzelbestandteile eines Unternehmens, so auch das Verfügen über die Einrichtung und die Handelsgegenstände des Supermarktes unstreitig von Art. 14 GG umfasst.

Im Rahmen der Flashmob-Aktion im Berliner Ostbahnhof wurden Einkaufswagen mit Waren vollgeladen, die letztlich nicht bezahlt wurden und nach Ende der Aktion von den Angestellten des Supermarktes wieder in die Regale eingeräumt werden mussten⁴⁴². Im günstigsten Fall dürften sich einzelne Mitarbeiter nur eine kurze Zeit mit dem Einräumen beschäftigt haben, im ungünstigsten Fall

⁴³⁸ Z.B. durch Säcker, NJW 2010, S. 1117; Otto geht auch von grundrechtsrelevanten Besitzstörungen aus: Otto, RdA 2010, S. 135, 142; zum verfassungsrechtlichen Gewerbeschutz im Allgemeinen, siehe unten: S. 79, I.

⁴³⁹ BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 20.

⁴⁴⁰ Siehe unten: S. 93, Kap. 8.

⁴⁴¹ BVerfG 26.06.1991: BVerfGE 84, 300, 336; vgl. auch BVerfG 20.01.1988: BVerfGE 77, 370, 377.

⁴⁴² Zum Ablauf der Flashmob-Aktion: BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 147.

könnte der Betriebsablauf unter den Aufräumarbeiten erheblich gelitten haben, da viele Mitarbeiter für mehrere Stunden bzw. den ganzen Tag mit dem Einsortieren beschäftigt gewesen sein könnten. Die Verfügungsbefugnis der Supermarkthaber wurde durch das temporäre, sich äußerlich von dem Verhalten normaler Kunden nicht zu unterscheidende Einräumen von Waren in Einkaufswagen allerdings weder in Frage gestellt noch tatsächlich beeinträchtigt. Eine Verkürzung des Eigentumsrechts iSv. von Art. 14 I GG ist in dem Einräumen von Einkaufswagen deshalb nicht zu sehen.

Die Verzögerung des Kassiervorgangs betrifft Aspekte der Sachnutzung und des koordinierten betrieblichen Ablaufes. Die Beeinträchtigung der Supermarktangestellten, ihre übliche Kassiertätigkeit gegenüber „normalen“ Kunden auszuüben, zählt zu den Handlungen, für die im gedachten Fall des Fehlens eines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG zu prüfen wäre. Hinsichtlich der Sachnutzung ist die Verfügungsbefugnis über die Supermarktwaren nicht bestritten oder aufgehoben, vielmehr setzt die Flashmob-Aktion eine Ursache für die temporäre Verringerung der Effizienz bei der bestimmungsmäßigen Kassennutzung. Nach vereinzelter Literaturstimme ist die bestimmungsmäßige Nutzung von Betriebseigentum dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuzuordnen⁴⁴³. Nach dieser Betrachtung stellte nicht nur das Entnehmen von Gegenständen aus den Supermarktregalen, sondern auch die Verzögerung des Kassiervorgangs einen Eingriff in grundrechtlich geschützte Eigentumspositionen des Supermarktbetreibers dar. Nach herkömmlicher Ansicht betreffen sie demgegenüber das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

II. Schutzbereich der Eigentumsgarantie und verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Arbeitskampf

Die Inhalts- und Schrankenbestimmungen der Eigentumsgarantie ergeben sich aus Art. 14 I 2 GG. Neben öffentlich-rechtlichen Vorschriften⁴⁴⁴ ist vor allem die Ausformung der zivilrechtlichen Eigentumsordnung nach § 903 ff. BGB zu beachten⁴⁴⁵. Manifeste normative Entscheidungen für Fragen der Eigentumsgewährleistung im Arbeitskampf hält das Zivilrecht jedoch nicht bereit. Bei der üblichen Rechtfertigungsprüfung im Rahmen des Rechts am Gewerbebetrieb wird insofern regelmäßig eine Abwägung von Grundrechtspositionen vorgenommen.

1. Grundrechtskollision bei Flashmob-Aktionen und Anwendbarkeit der praktischen Konkordanz zwischen Art. 14 I GG und Art. 9 III GG

Die Verzögerungen beim Kassieren und die daraus resultierenden Schäden können durch die verfassungsimmanente Schranke der Grundrechtskollision gerechtfertigt sein. Als kollidierendes Grundrecht kommt die Koalitionsbetätigungsfreiheit der Gewerkschaft ver.di aus Art. 9 III GG in Betracht. Eine Einbeziehung des Flashmobs in den Schutzbereich des Art. 9 III GG sei mit der Rechtsprechung zur Arbeitskampfmittelfreiheit angenommen⁴⁴⁶.

Die auf Hesse zurückgehende Lehre der praktischen Konkordanz hat sich als gängige Handhabung von Grundrechtskollisionen weitgehend durchgesetzt. Nach ihr sind verfassungsrechtlich geschützte

⁴⁴³ Vgl.: Dreier/Wieland, Art. 14, Rn. 132, 133, sowie ausführlicher unten, S. 79, I.

⁴⁴⁴ BVerfG 15.07.1981: BVerfGE 58, 300, 336.

⁴⁴⁵ Maunz/Dürig/Papier, Art. 14, Rn. 36.

⁴⁴⁶ Vgl.: BVerfG, 1 BvR 3185/09 vom 26.03.2014, Absatz-Nr. 26.

Rechtsgüter so zueinander in Beziehung zu setzen, dass beiden jeweils ausreichender Raum zur Entfaltung verbleibt⁴⁴⁷. Die Verfassungsgüter begrenzen sich danach gegenseitig, die Herstellung praktischer Konkordanz erfolgt beidseitig unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit der Begrenzung, der Interessenausgleich bedarf zudem einer Wertung über das Gewicht und die konkrete Betroffenheit der Rechtspositionen. Die praktische Konkordanz ist ein Prinzip der Verfassungsinterpretation, das im Ergebnis zu Ausgestaltungen, aber auch Beschränkungen von Grundrechten im Einzelfall führt. Ebenso wie die Anwendung verfassungsimmanenter Schranken ist sie zwar in der Literatur nicht ohne Widerspruch anerkannt⁴⁴⁸, nach hiesig vertretener Auffassung steht ihrer Anwendung auf die Eigentumsgarantie aber kein grundsätzliches Hindernis entgegen.

2. Wesensgehalt des Eigentums im Arbeitskampf und objektives Verständnis der Eigentumsgarantie

Bei der Abwägung zwischen den Grundrechten aus Art. 14 I GG und Art. 9 III GG anlässlich einer Flashmob-Aktion im Arbeitskampf ist die in Art. 19 II GG normierte Schranken-Schranke der Wesensgehaltsgarantie zu beachten. Sie wird als materielle Grenze der Einschränkung von Grundrechten interpretiert und ist für die Eigentumsgarantie wie für jedes andere Grundrecht gesondert zu bestimmen⁴⁴⁹.

Hinsichtlich der Art und Reichweite der von der Wesensgehaltsgarantie vermittelten Schranken-Schranke stehen sich relative und absolute Auffassungen gegenüber. Die absolute Theorie geht von einer „eingriffsresistenten, nicht relativierbaren, der Abwägung von vornherein entzogenen Grundrechtssubstanz“ aus⁴⁵⁰, die relative Theorie nimmt einen abwägungsfähigen Grundrechtsschutz an. Die jüngere grundrechtstheoretische Auseinandersetzung zum Charakter der Wesensgehaltsgarantie zwischen Vertretern einer eher freiheitsrechtlichen und jenen der eher „institutionellen“ Auffassung der Grundrechte findet in der Debatte um den Flashmob im Arbeitskampf Niederschlag. Kerstens Kritik an dem BAG-Urteil zum Flashmob vom Standpunkt eines institutionellen Verständnisses der Grundrechte ist in dieser Hinsicht ein anschauliches Beispiel, soll an dieser Stelle aber nicht weiter verfolgt werden.

3. Die Absolutheit des Eigentums im Arbeitskampfrecht

Wie dargelegt qualifizieren Teile der Literatur Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf als Eingriffe in die Eigentumsgarantie nach Art. 14 I GG und nicht lediglich als Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Säcker, Mohr und Rieble betonen in diesem Zusammenhang, dass eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Flashmob-Aktionen angesichts des Gewichtes dieses „absoluten“ Eigentumsrecht nicht in Betracht käme⁴⁵¹, ohne allerdings den Inhalt und die Reichweite des absoluten Eigentumsschutzes zu referieren und unter das konkrete Problem zu subsumieren.

a) Die Absolutheit des Eigentums als Bezeichnung von Einwirkungs- und Ausschlussbefugnissen

Während „absolute“ grundrechtliche Garantien des Eigentums in die Diskussion über objektiv-rechtliche Gehalte der Grundrechte zurückführen, verweist der Gedanke einfachrechtlicher Absolutheit auf die Dreiteilung der subjektiven Rechte in absolute, relative und Gestaltungsrechte in der herrschenden

⁴⁴⁷ So Hesse, § 2, Rn. 72.

⁴⁴⁸ Pieroth/Schlink, § 6 Rn. 334.

⁴⁴⁹ Dreier/Dreier, Art 19 II, Rn. 7.

⁴⁵⁰ Dreier/Dreier, Art. 19 II, Rn. 15.

⁴⁵¹ Vgl.: Säcker, NJW 2010, S. 1115, 1117; Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 440, 443; Rieble, NZA 2008, S. 796, 798.

Privatrechtstheorie. Welche Rückschlüsse der Charakter des Eigentums als absolutes Recht für Konfliktsituationen im Arbeitskampfrecht zulässt, ist allerdings aus dem abstrakten Begriff selbst nicht herzuleiten. Vielmehr kommt es darauf an, wie die Rechtsgemeinschaft das Recht Eigentum ausformt und welche Verteidigungsmöglichkeiten sie im Hinblick auf unterschiedliche Eingriffsarten bereitstellt. Die Ideengeschichte des Eigentums, die Rechtsdogmatik sowie die Rechtsprechungs- und Normhistorie ermöglichen zwar präzise Antworten, können aber an dieser Stelle nicht ausgeführt werden. Die Abolutheit des Eigentums der bundesrepublikanischen Zivilrechtsordnung ist jedenfalls eine Bezeichnung für die einfachrechtliche Zuteilung von Sach- und Verfügungshoheit auf Rechtsträger, die im Wesentlichen auf römisch-rechtlichem Fundament ruht⁴⁵² und auf die Anforderungen einer hochentwickelten, modernen Volkswirtschaft zugeschnitten ist. Wesensmerkmale des zivilrechtlichen Eigentums sind Einwirkungs- und Ausschließungsbefugnisse, die Verkehrsfähigkeit des Rechts sowie gewisse Schranken. Der absolute Schutz des Eigentums ist gegenüber weniger starken Sachzuordnungen wie der Anwartschaft abzugrenzen.

b) Schlüsse aus der Abolutheit des Eigentums auf die Zulässigkeit von Flashmob-Aktionen

Die einfachgesetzlichen Einwirkungs- und Ausschließungsbefugnisse aus dem Eigentum nach §§ 903 ff. BGB an Betriebsmitteln lassen sich nicht für eine arbeitskampfrechtliche Gegenüberstellung mit der Koalitionsfreiheit nutzbar machen, weil sie keinen Verfassungsrang besitzen. Auch eine historische Überprüfung der Rechtsprechungs- und Normhistorie des Eigentums auf Angrenzungsflächen zum kollektiven Arbeitsrecht hin ist unergiebig, weil weder das antike römische Zivilrecht als wichtigste Quelle des geltenden Sachenrechts noch die nachfolgenden kontinental-europäischen Rechtsordnungen bis ins 19. Jahrhundert Tarifkonflikte im heutigen Sinne kannte. Die moderne Legislative seit dem späten 19. Jahrhundert verzichtete bekanntermaßen weitgehend auf eine einfachgesetzliche Normierung arbeitskampfrechtlicher Regelungsmaterien und überließ die Entwicklung notwendiger Abwägungskriterien zwischen Rechtspositionen der Koalitionen und anderer Betroffener der Wissenschaft und Rechtsprechung. Vermögens- sowie eigentumsrechtliche Fragen des Arbeitskampfes fanden dabei in der Rechtsprechung zum einfachgesetzlichen Gewerbeschutz Niederschlag, wohingegen die Fortentwicklung der vielgestaltigen Regelungsmaterien des Sachenrechts und speziell des Eigentumsschutzes mit dem Themengebiet Arbeitskampf nicht in direktem Zusammenhang stand.

Die Einführung eines in der Literatur mitunter befürworteten absoluten zivilrechtlichen Eigentumsschutzes in arbeitskampfrechtliche Abwägungen scheint somit weder durch grammatikalische noch durch systematische, historische oder teleologische Argumente aus dem Zivil- und Verfassungsrecht gedeckt. Auch Säcker unternimmt keinen Versuch, sachenrechtliche Argumente in einer wertenden Gegenüberstellung mit der Koalitionsbetätigung nach Art. 9 III GG fruchtbar zu machen, sondern verweist lediglich auf den im Detail unspezifizierten Charakter eines absoluten Eigentumsschutzes auch gegenüber Arbeitskampfmaßnahmen⁴⁵³. Auch von anderer Seite sind, jenseits von der Existenz der Besitzschutzmöglichkeiten nach 1004 BGB⁴⁵⁴, keine weiterführenden Ansätze zum Einfluss des Sachenrechts auf die Bewertung von Arbeitskampfmaßnahmen ersichtlich.

Als Kriterium der Abwägung und Bewertung von Konfliktsituationen des Arbeitskampfes erscheint die Abolutheit des Eigentums nach dem Gesagten nicht überzeugend, ihr ist für die Herstellung praktischer Konkordanz in der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Flashmob-Aktionen deshalb keine Wertung zu entnehmen. Allerdings besteht die Möglichkeit, einfachgesetzliche Abwehrmaßnahmen des Besitzschutzes gegen Flashmob-Aktionen einzusetzen.

⁴⁵² Vgl.: Kaser, Kunkel, Kreller, S. 12, Rn. 35, 36, 37, sowie zur Veranschaulichung der Entwicklung des Eigentums als absolutes Recht aus dem gemeinen römischen Recht: Schur, S. 77.

⁴⁵³ Säcker, Mohr, JZ 2010, S. 440, 443.

⁴⁵⁴ Siehe S. 104, II.

4. Besitzschutz als Konsequenz aus der absoluten Sachzuordnung des Eigentums

Aus der Absolutheit des Eigentums sowie aus der Besitzerstellung folgen verschiedene Möglichkeiten für Betriebsinhaber, Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf entgegenzutreten: § 858 ff. berechtigt einen Besitzer, die §§ 903, 1004 BGB einen Eigentümer, Nicht- oder weniger Berechtigte von der Nutzung einer Sache auszuschließen, was auch in Form von Hausverweisen und Hausverboten erfolgen kann⁴⁵⁵. Diese Möglichkeiten umfassen auch das handgreifliche Mittel der Besitzwehr nach § 859 I BGB. Das Institut erlaubt es dem Hausrechtsinhaber, gegen Besitzstörungen wie einem Flashmob im Ladengeschäft im Fall einer erfolglosen Aufforderung mit Gewalt vorzugehen. Praktisch bedeutet dies eine Entfernung von nach einer Aufforderung zum Verlassen des Betriebes rechtswidrig verbleibenden Flashmob-Aktivisten durch Betriebs- oder Sicherheitspersonal⁴⁵⁶.

5. Beschränkungen des Hausrechtsgebrauchs?

Weil Flashmob-Aktionen schwerpunktmäßig in Betrieben und Betriebsteilen mit Dienstleistungscharakter genutzt werden und eine betont öffentlichkeits- und kommunikationsorientierte Prägung besitzen⁴⁵⁷, können Einschränkungen des Hausrechts gegenüber dem Arbeitskampfmittel zu beachten sein. Einschränkungen sind sowohl in zivilrechtlichen Streitfällen anerkannt, in denen der Hausrechtsinhaber seine Räumlichkeiten für den Publikumsverkehr geöffnet hat als auch bei bestimmten Formen gewerkschaftlicher Mitgliederwerbung in Betrieben.

Der jüngeren Entscheidung des BVerfG über die Zulässigkeit von Hausverboten der Flughafenbetriebsgesellschaft Fraport gegenüber einer Aktivistin, die gegen die Praxis der Abschiebung von Ausländern durch deutsche Behörden Flugblätter verteilte⁴⁵⁸, ist insofern eine Tendenz zu entnehmen, als sie den konkreten Eigenschaften des betreffenden Ortes sowie den Umständen des Einzelfalles großes Gewicht einräumt. So geht das BVerfG davon aus, dass allgemeinpolitische Demonstrationen im Rahmen von Art. 8 I GG auf Betriebsflächen, die nicht dem allgemeinen öffentlichen Verkehr eröffnet sind, nicht vom Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 8 I GG umfasst sind⁴⁵⁹. Demgegenüber seien vergleichbare Tätigkeiten an Orten, an denen derselbe eröffnet ist, etwa in „Einkaufszentren, Ladepassagen oder sonstige Begegnungsstätten“ innerhalb des Schutzbereiches der Versammlungs- und Meinungsfreiheit anzusiedeln, soweit „Private im Wege der mittelbaren Drittwirkung in Anspruch genommen werden können“⁴⁶⁰. Zur präziseren Abgrenzung beruft sich das BVerfG unter vergleichender Betrachtung der nordamerikanischen Rechtsprechung auf das Leitbild des öffentlichen Forums, dessen funktionale Vielfalt auch das Entstehen von offenen Kommunikationsgeflechten erlaube und grenzt es von Stätten ab, die der Öffentlichkeit ihren äußeren Umständen nach nur zu ganz bestimmten Zwecken zur Verfügung stehen⁴⁶¹.

Demonstrationen, die im Kontext der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durchgeführt werden, können je nach Charakter und Zielsetzung den Schutzbereichen der Grundrechte aus Art. 8 I GG iVm. Art. 5 I S. 1 GG bzw. Art. 9 III GG zuzuordnen sein⁴⁶². Die Definitionsinhalte der 'Demonstration' nach Art. 8 I GG als eine „gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen, wobei die Teilnehmer einerseits in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen - schon durch die

⁴⁵⁵ Siehe dazu auch: BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140; Löwisch, NZA 2010, S. 209 f.

⁴⁵⁶ Löwisch, NZA 2010, S. 209, 210.

⁴⁵⁷ Vgl.: S. 3, Nr. 1.

⁴⁵⁸ BVerfG 22.02.2011: BVerfGE 128, 226 ff.

⁴⁵⁹ BVerfG 22.02.2011: BVerfGE 128, 226, 251.

⁴⁶⁰ BVerfG 22.02.2011: BVerfGE 128, 226, 251.

⁴⁶¹ BVerfG 22.02.2011: BVerfGE 128, 226, 253.

⁴⁶² Vgl. auch Kissel, § 61, Rn. 131.

bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umganges miteinander oder die Wahl des Ortes - im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen“⁴⁶³, schließen Flashmob-Aktionen nicht von vornherein aus. Anders als klassische Arbeitskämpfungsmittel entbehren Flashmob-Aktionen des Momentes der wirtschaftlichen Druckausübung weitgehend⁴⁶⁴. Neben Aktionsformen welche gleich dem Flashmob im Ostbahnhof die Abläufe des betroffenen Betriebes temporär beeinflussen, sind zahlreiche Varianten denkbar, die sich enger an dem Flashmob-Vorbild des Kurz-Happenings anlehnen⁴⁶⁵ und z.B. das koordinierte Singen eines Liedes im Betrieb zum Zwecke des Erregens öffentlicher Aufmerksamkeit für die Lebenssituation von Geringverdienern beinhalten.

Steht die Aktion in engerem Zusammenhang mit der Verfolgung eines konkreten Tarifziels, ist von einem Schutz durch Art. 9 III GG auszugehen. Dies ist die Situation der Flashmob-Aktion im Ostbahnhof, für die das BAG in der Flashmob-Entscheidung jedenfalls im Fall von Betriebsablaufstörungen die Möglichkeit einer uneingeschränkten Ausübung des Hausrechtes bestätigt hat⁴⁶⁶. Auch für nicht tarifbezogene Flashmob-Aktionen iSv. Art. 8 I GG stellt das Hausrecht jedenfalls die hinreichende normative Konkretisierung des vom BVerfG für die Einschränkung der Versammlungsfreiheit verlangten⁴⁶⁷ entgegenstehenden Grundrechts dar. Eine Bindung des Hausrechtsgebrauchs an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann dabei nur von Betrieben in staatlichem Eigentum gefordert werden⁴⁶⁸. Mögliche Einschränkungen des Hausrechts ergeben sich allenfalls in Fällen, in denen eine Aktion als gewerkschaftliche Mitgliederwerbung in Betrieben zu betrachten ist. Diese vermittelt nach der Abkehr der Rechtsprechung von der Kernbereichslehre ein gewerkschaftliches Zutrittsrecht⁴⁶⁹, welches nach dem BAG der Ausübung des Hausrechts je nach Ausmaß und Intensität der Aktion, bewertbar etwa anhand der Frequenz der Geltendmachung des Zutrittsrechts, dem Zeitpunkt und der Dauer sowie der beteiligten Personenanzahlen, seinerseits Schranken setzt⁴⁷⁰.

Einem von gewerkschaftlichen Flashmob-Aktionen betroffenen Hausrechtsinhaber steht im Fall von Betriebsablaufstörungen demnach die Ausübung seines aus dem Eigentum iSv. Art. 14 I GG erwachsenden Hausrechts regelmäßig frei. Lediglich bei bestimmten, vergleichsweise weniger beeinträchtigenden Aktionsformen innerhalb der Schutzbereiche des Art. 9 III GG und des Art. 8 I iVm. Art. 5 I S. 1 GG, deren Verhältnis zu den jeweiligen Eigentums- und Besitzrechten der betroffenen Betriebsinhaber durch wertende Betrachtung im Einzelfall zu bestimmen ist⁴⁷¹, sind Beschränkungen des Hausrechtsgebrauch möglich.

III. Konflikt zwischen Art. 9 III und 14 I GG bei Flashmob-Aktionen?

Die Flashmob-Aktion in Berlin sollte den Arbeitskampf von ver.di gegen das Einzelhandelsunternehmen REWE unterstützen und den Abschluss einer zufriedenstellenden Tarifvereinbarung begünstigen. Wären bei der Flashmob-Aktion in Berlin Eingriffe in die Eigentumsgarantie anzunehmen, wäre nach der Bedeutung und dem Grad der Betroffenheit der Grundrechtspositionen zu fragen und die sich gegenüberstehenden Grundrechte von ver.di aus Art. 9 III GG und des Arbeitgebers aus Art 14 I GG müssten im Rahmen der praktischen Konkordanz miteinander in Beziehung gesetzt werden⁴⁷²

⁴⁶³ BVerfG 14.05.1985: BVerfGE 69, 315, 345.

⁴⁶⁴ Vgl. oben: S. 62, Nr. 5.

⁴⁶⁵ Siehe oben: S. 9, II.

⁴⁶⁶ BAG 22.09.2009 BAGE 132, 140, 157.

⁴⁶⁷ BVerfG 22.02.2011: BVerfGE 128, 226, 255 ff; Maunz/Dürig/Depenheuer, § 8, Rn. 132.

⁴⁶⁸ Ansonsten ist die bei Grundrechtskollisionen übliche Konkordanz zwischen den Grundrechtspositionen herzustellen, vgl. im Folgenden: S. 74 f., III.

⁴⁶⁹ BAG 28.02.2006: BAGE 117, 137, 142 ff, das von der Möglichkeit der Beauftragung betriebsfremder Personen ausgeht und keine Beschränkung der Werbemaßnahmen auf das Notwendige vorsieht.

⁴⁷⁰ BAG 28.02.2006: BAGE 117, 137, 149.

⁴⁷¹ Siehe dazu: S. 83, Nr. 3. und S. 87, e).

1. Bedeutung und Gewicht der betroffenen Grundrechte

Die Bedeutung der Eigentumsgarantie für das deutsche Wirtschafts- und Gesellschaftssystem muss nicht gesondert betont werden⁴⁷³. Ein konsequenter verfassungsrechtlicher Schutz von Eigentumspositionen ermöglicht im Verband mit der Privatautonomie eine relativ effektive, in der Summe wohlstandsmehrende Ressourcenallokation durch die Marktsubjekte. Angesichts seiner zentrale Stellung bei der normativen Regulation des Produktionsfaktors Kapital sind moderne Industrie- und Dienstleistungsgesellschaften ohne verfassungsrechtlich geschütztes Privateigentum kaum vorstellbar.

Die Koalitionsfreiheit stellt ebenfalls eine zentrale Ordnungsentscheidung des Wirtschaftsgeschehens dar⁴⁷⁴. Sie hat bei abstrakter Bewertung zwar keine mit der Eigentumsgarantie vergleichbare, grundlegende Funktion für das marktwirtschaftliche Geschehen, wohl aber für die Regulation der lohnabhängigen Beschäftigung als wichtigstem Bestandteil des volkswirtschaftlichen Produktionsfaktors Arbeit. Sie steht weitgehend unumstritten im Kern der bundesrepublikanischen Arbeitsmarktorganisation und ist als Freiheitsrecht mit arbeitsmarkt- und sozialpolitischem Bezug von großem Gewicht. Zudem hat der Grundgesetzgeber das Grundrecht in Art. 9 III S. 3 GG als notstandsfest ausgestaltet und als einziges Grundrecht mit einer unmittelbaren Drittwirkung ausgestattet.

Bei einem direkten Vergleich der beiden Grundrechte mit Blick auf die Bewertung von Flashmob-Aktionen fällt der unterschiedliche Grad an ‚Staatsnähe‘ der jeweiligen Schutzzinhalte auf: Während die Koalitionsfreiheit ohne Gesetzesvorbehalt ausgestattet ist und ihre Ausübung eine explizite Staatsferne des Tarifprozesses gebietet, wird der Inhalt des Eigentums nach Art. 14 I GG vorbehaltlich seines Wesensgehalts vom einfachen Gesetzgeber umrissen. Dementsprechend erscheint die Eigentumsgarantie im Vergleich zur Koalitionsfreiheit in Fällen des Arbeitskampfes als offener, ausfüllungsbedürftigere Rechtsmaterie.

2. Konkrete Betroffenheit der widerstreitenden Rechtspositionen

Mit dem sehr großen abstrakten Gewicht der Eigentumsgarantie kontrastiert wenigstens im Fall des Berliner Flashmob die vergleichsweise geringe Intensität der Beeinträchtigung des Eigentumsrechtes von REWE an seinen Betriebsgütern. Zwar ist der REWE-Markt zur Wahrnehmung seiner betrieblichen Tätigkeit von der Nutzung seiner Eigentumsgegenstände abhängig, die Aktion verringert allerdings eher die Effizienz der gewerblichen Nutzung der Supermarktgängen, Einkaufswagen, Kassen und anderen Betriebsgegenständen als sie vollkommen aufzuheben. Einschneidende Eigentumseingriffe wie etwa den vollständigen Entzug oder die Zerstörung von Eigentumsgegenständen waren von der Aktion nicht umfasst. Die Dauer war auf unter einer Stunde begrenzt. Weil das Vermögen nicht dem Schutzbereich des Art. 14 I GG angehört, kann das wirtschaftlich eher geringe Gewicht der Beeinträchtigung nicht in die Gegenüberstellung der Grundrechtspositionen einfließen. Nach der korrekten Einschätzung des BAG ist allerdings zu beachten, dass sich der Supermarktbetreiber zur Verringerung der Beeinträchtigung seiner Betriebsmittel auf Verteidigungsmittel aus dem einfachrechtlichen Besitzschutz stützen konnte⁴⁷⁵. Von dieser Möglichkeit machte er allerdings keinen Gebrauch.

Auf der anderen Seite bedurfte ver.di zur Forcierung einer günstigen tariflichen Einigung nach eigenem Ermessen des Arbeitskampfmittels Flashmob und hatte angesichts des bereits laufenden Streiks keine weiteren praktischen Zwangsmittel zur Erreichung dieses Ziels. Die in der Koalitionsfreiheit

⁴⁷² Notwendige Voraussetzung der Prüfung von Flashmob-Aktionen am Grundrecht aus Art. 14 I GG ist die Annahme eines verfassungsrechtlichen Gewerbeschutzes. Die Frage nach einer derartigen Auslegung des Schutzbereiches des Art. 14 I GG wird vom BVerfG entgegen früherer Positionierungen allerdings seit Langem offen gelassen während ein großer Teil des Schrifttums ihn mit überzeugenden Argumenten ablehnt, vgl.: S. 79 ff., I.

⁴⁷³ Siehe zum Vergleich: Rüthers, S. 147, Rn. 215; MKS/Depenheuer, Art. 14 Rn. 1.

⁴⁷⁴ Vgl. oben S. 25, Nr. 3.

⁴⁷⁵ Vgl.: S. 73, Nr. 4.

enthaltene Koalitionsbetätigungsfreiheit und die Arbeitskampfmittelfreiheit stellen insofern die sachnahen Bezugspunkte und zugleich den Gegenstand der verfassungsrechtlichen Gegenüberstellung dar. Vorliegend wurde auf die Möglichkeit, Arbeitskämpfe mit nicht-klassischen Mitteln zu begleiten und zu diesem Zweck betriebliche Abläufe temporär zu stören, zurückgegriffen.

3. Entfaltung der widerstreitenden Positionen

Die Verkürzung des Eigentumsrechtes an den Betriebsmitteln des Supermarktes stellt sich in einer Zusammenschau der genannten Umstände, als eher leichte Beeinträchtigung derselben dar. Eine weitergehende Entfaltung des Eigentumsrechtes des Supermarktbetreibers ist vor allem bei einem kompletten Verzicht auf Flashmob-Aktionen realisierbar. Eine solche Lösung negierte aber im Ergebnis die Kampfmittelfreiheit und damit einen von der Rechtsprechung und großen Teilen der Literatur angenommenen wichtigen Teil des Schutzbereiches der Koalitionsfreiheit.

Ein Mittelweg, bei dem auf bestimmte Aspekte der Aktion in dem REWE-Markt verzichtet würde, wäre nur bei Beachtung der Eigenheiten des betroffenen Betriebes aussagekräftig, so dass die Herstellung praktischer Konkordanz eine nur schwach präjudizierende Wirkung auf zukünftige Streitfälle hätte. Ein solcher Kompromiss könnte etwa bestimmte, den Rahmen der Aktion betreffende Einschränkungen, wie die Festlegung einer Anmeldepflicht für Flashmobaktionen, eine starren zeitlichen Begrenzung oder die Festlegung einer Höchstteilnehmerzahl, beinhalten. Derartige Regelungen würden jedoch ebenso wie Eingrenzungen zu einzelnen Details der Aktion, wie einer genauen Auswahl der Artikel, welche die Teilnehmer für ihre Kleinkäufe auswählen dürfen oder der Festlegung von Kleidungsmodalitäten der Teilnehmer schon allein aufgrund des Wegfalls des Neuartigkeits- und Überraschungseffektes, von dem entsprechende Flashmob-Aktionen profitieren, zu einer sehr starken Verkürzung der Koalitionsausübungsfreiheit und zu einem steilen Abfall in der Effizienz bzw. einer Aufhebung der Wirksamkeit des Kampfmittels führen.

Nach dem Gesagten erscheint die Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs durch die Flashmob-Aktion als relativ schwach, ein auffälliges Missverhältnis zwischen der Ausübung der Koalitionsausübungsfreiheit und der Eigentumsgarantie ist nicht erkennbar. Dementsprechend zeigt die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den Grundrechten vorliegend keine Verletzung der Eigentumsgarantie an, sondern legt eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines hypothetischen Eingriffes in den Schutzbereich von Art. 14 I GG nahe. Die zeitliche Begrenzung der Aktion, der wenig intensive Eingriff und die Möglichkeit der weiteren Abschwächung der Intensität durch die Ausübung des Hausrechtes sprechen für die Möglichkeit der hinreichenden Entfaltung der Rechte des Supermarktbetreibers aus Art. 14 I GG in der konkreten Arbeitskampfkongstellatlon. Die leichte Verkürzung der Rechte zur Eigentumsnutzung, die dieser Anwendung der praktischen Konkordanz innewohnt, erscheint als geeignete und erforderliche Auflösung einer Spannungskongstellatlon zwischen zwei Grundrechten beim Flashmob-Einsatz im Arbeitskampf. Sie stellt nach hier vertretener Ansicht kein auffälliges Missverhältnis in der Bemessung und der Entfaltung der sich gegenüberstehenden grundrechtlichen Schutzgehalte dar, so dass die Herstellung praktischer Konkordanz im vorliegenden Fall auch ihrerseits nicht unverhältnismäßig ist.

Geht man von einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 I GG durch die Flashmob-Aktion aus, erscheint dieser nach der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den Grundrechten aus Art. 9 III GG und Art. 14 I GG auf der Basis der realen Umstände des Arbeitskampfes als verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

IV. Flashmob-Aktionen im Verfassungs- und Zivilrecht: Fazit

Die Sicht auf die Flashmob-Aktion im Berliner Ostbahnhof als Eingriff in die Eigentumsgarantie nach Art. 14 I GG korrespondiert mit einer vereinzelt in der Literatur, welche den Ge-

werbeschutz der Eigentumsgarantie zuweisen und nicht dem richterrechtlich entstandenen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Entgegen in der Literatur geäußerten Ansichten, etwa von Kersten und Haverkate, sind die Grundrechte vorrangig freiheitsrechtlich zu verstehen, aber nur nachrangig in institutioneller Weise. Selbst wenn man bei Flashmob-Aktionen gegen die Mehrheit in der Literatur und der Rechtsprechung eine Konfliktsituation zwischen den Grundrechten aus Art. 9 III GG und Art. 14 I GG annimmt, ist dieses Spannungsverhältnis deshalb nicht mit den Auslegungsmitteln einer grundrechtlichen „Gegenseitigkeitsordnung“ aufzulösen, sondern durch die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den Grundrechten. Die Zusammenschau der sich bei der Flashmobaktion in Berlin gegenüberstehenden Grundrechtspositionen des Arbeitgeberverbandes bzw. der Gewerkschaft deutet dabei auf kein erhebliches Missverhältnis zwischen den Zielen und Begründungen der Aktion und der beeinträchtigten Eigentumspositionen. Diese Einschätzung trifft auf Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf wohl regelmäßig zu, lediglich Fälle mit eindeutigen Eingriffen in Kernbereiche des Eigentumsgrundrechts wie etwa Sachbeschädigungen, -entziehungen oder Vergleichbares lassen eine andere Bewertung naheliegend erscheinen.

Kap. 7 Flashmob-Aktionen als Eingriffe in das Recht am Gewerbebetrieb

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb stellt nach mehrheitlicher Ansicht den zivilrechtlichen Bezugspunkt von Arbeitskampfmaßnahmen wie dem Flashmob dar. Der Betrachtung der Entscheidung des Flashmob-Falles aus Berlin können weiterführende Momente zu einer sachgerechten Bewertung zukünftiger Flashmob-artiger Aktionen entnommen werden. Dabei legen die vielfältigen Einsatz- und Variationsmöglichkeiten der Aktionsform die Bildung von Fallgruppen nahe.

I. Grundrechtliche Stellung des Gewerbeschutzes

Einige Literaturstimmen lehnen einen auf mehrere Grundrechte verteilten Schutz der spezifischen gewerblichen Rechtspositionen, die durch Arbeitskämpfe in Mitleidenschaft gezogen werden, ab. Sie plädieren vielmehr für die Einbeziehung des grundrechtlichen Gewerbeschutzes in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Die ebenfalls zahlreichen Gegner bestreiten die Notwendigkeit einer Einbeziehung in den Schutzbereich von Art. 14 I GG, weil ein lückenloser Schutz unternehmerischer Betätigung bereits durch die bestehende Grundrechtssystematik vermittelt würde⁴⁷⁶.

Die Eigentumsgarantie schützt nach der bekannten Faustformel das Erworbene und die Berufsfreiheit die Chance zum Erwerb⁴⁷⁷. Im Fall des Flashmob wäre nach dieser Ansicht daher der verfassungsrechtliche Schutz der Supermarkteinrichtung und der Handelswaren durch Art. 14 I GG gewährleistet, das unbeeinträchtigte Bedienen von Kunden als bislang noch nicht vollzogene Chance zum Erwerb jedoch Gegenstand des Schutzes aus Art. 12 I GG. Nach gegenteiliger Ansicht fiel der ungestörte Kassiovorgang ebenso wie die Integrität der Einrichtung und der Handelswaren in den Schutzbereich des Art. 14 I GG, ersterer durch die Einbeziehung des originär zivilrechtlichen Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in den Schutzbereich des Art. 14 I GG, letztere durch herkömmliche Auslegung des Art. 14 I GG.

1. Zivilrechtliche Herkunft des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Eine sachgerechte Positionierung des Rechts am Gewerbebetrieb gegenüber dem grundrechtlichen Schutzsystem wird durch eine rechtshistorische Betrachtung möglich, die hier jedoch nur in aller Kürze erfolgen kann. Danach steht die Entstehung des nicht kodifizierten Rechtsinstitutes in engem Zusammenhang mit der wirtschaftlichen und rechtspolitischen Entwicklung Deutschlands ab Ende des 19. Jahrhunderts. Das Deutsche Reich bzw. Preußen als sein wichtigster Vorgängerstaat hatte kurz vor und vor allem nach der Reichsgründung im Jahr 1871 eine Reihe wichtiger Gesetzesvorhaben reali-

⁴⁷⁶ BVerfGE 30, 292, 334 f.; BVerfGE 88, 366, 377; Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann, Art. 12, Rn. 98; Dreier/Wieland, Art. 14, Rn. 28.

⁴⁷⁷ MKS/Depenheuer, Art. 14, Rn. 99.

siert⁴⁷⁸, um den innerdeutschen Warenverkehr zu erleichtern und Hürden für gewerbliche Tätigkeiten abzubauen. Da viele rechtliche Problemkonstellationen moderner kapitalistischer Wirtschaftsordnungen in Deutschland noch unbekannt waren, entwickelte sich nach Inkrafttreten des BGB 1901, auch in Ermangelung eines entscheidungsfreudigen Gesetzgebers, eine einflussreiche wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts vor allem zum Kartellrecht und kollektiven Arbeitsrecht⁴⁷⁹, aber auch zum gewerblichen Rechtsschutz.

Das Reichsgericht formulierte in seinen Entscheidungen zu Klagen von Gewerbetreibenden, etwa gegen geschäftsschädigende Äußerungen⁴⁸⁰, polizeiliche Schlachtungsverordnungen für Nutzvieh⁴⁸¹ und Konkurrenz durch staatliche Unternehmen⁴⁸², ein spezifisches Richterrecht für Gewerbetreibende, das an ihre Tätigkeit als Akteure auf den Märkten für Güter und Dienstleistungen anknüpfte. In expliziter Fortbildung der reichsgerichtlichen Rechtsprechungspraxis dehnte der BGH ab 1951 den Schutz des Gewerbebetriebs über den Rand des Warenzeichen- und Wettbewerbsrechts hinaus auf einen allgemeinen subjektiven, deliktrechtlich ausgekleideten Anspruch gegen Gewerbebeeinträchtigungen aus⁴⁸³. Dabei unterschied der BGH zwischen dem Schutz des Eigentums nach § 823 I BGB und demjenigen des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach der gleichen Norm. Eine Einordnung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in ein System von verfassungsförmigen Grundrechten war in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht vorgesehen; das Deutsche Reich hatte vor der Verabschiedung der Weimarer Reichsverfassung im Jahr 1919 auch keinen Grundrechtekatalog, in dessen Systematik sich das Recht hätte fügen können.

2. Das Recht am Gewerbebetrieb relativ zur Eigentumsgarantie

Der BGH und das BVerwG gehen von einer Zugehörigkeit des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zum Eigentum iSv. Art. 14 GG aus. Das BVerfG hatte in seiner frühen Rechtsprechung eine ähnliche Haltung, lässt die Frage nach der Zugehörigkeit des Rechts am Gewerbebetrieb zum Schutzbereich des Art. 14 GG aber seit Langem offen.

Das Recht am Gewerbebetrieb hat, anders als die Eigentumsgarantie, einen richterrechtlichen Ursprung und wurzelt im einfachgesetzlichen Deliktrecht. Zu den anerkannten Tatbestandsmerkmalen des Rechts am Gewerbebetrieb gehört eine Güterabwägung zwischen den betroffenen Rechtsgütern. Die Vielgestaltigkeit des Schutzgegenstandes „Gewerbebetrieb“, den das Rechtsinstitut gegen wiederum vielgestaltige mögliche Verletzungen verteidigen soll, erschwert das Formulieren fester, subsumtionsfähiger Tatbestandsmerkmale und hat zur Ausbildung von Präzedenzfällen geführt, welche die einschlägige Rechtsanwendung entscheidend prägen und dem Rechtskonstrukt seine Form verleihen. Ein verfassungsrechtlicher Schutz des Rechts am Gewerbebetrieb nach Art. 14 I GG liegt daher fern. Denn während Inhalt und Schranken des Eigentums nach Art. 14 I S. 2 GG durch „die Gesetze“ bestimmt werden, besitzt das Recht am Gewerbebetrieb schon selbst keine positiv- oder wenigstens gewohnheitsrechtliche Grundlage⁴⁸⁴, ebensowenig existieren explizit auf das Recht bezogene Rechtsätze zu seiner Begrenzung. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zum Recht am Gewerbebetrieb erscheint demgegenüber als ein ungenügender Ersatz. Die Anwendung des Verfassungswortlautes aus

⁴⁷⁸ In diesen Zusammenhang gehören u.a. das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861, die Gewerbeordnung von 1869, das 1884 reformierte Aktienrecht und das zusammen mit einem erneuerten HGB im Jahr 1901 in Kraft getretene BGB.

⁴⁷⁹ Siehe stellvertretend: Schröder, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, 1988; Kroeschell, S. 28.

⁴⁸⁰ RG 17.02.1921: RGZ 101, 335.

⁴⁸¹ RG 02.06.1921: RGZ 102, 223.

⁴⁸² RG 28.10.1929: RGZ 98.

⁴⁸³ Siehe: BGH 26.10.1951: BGHZ 3, 270, 279, 280; BGH 28.01.1957: BGHZ 23, 157, 162.

⁴⁸⁴ Zu Recht spricht Sack dem Recht am Gewerbebetrieb als Ganzes trotz der langen Rechtsprechungsgeschichte die Qualität eines gewohnheitsrechtlichen Instituts ab, erkennt aber einzelne Fallgruppen als Gewohnheitsrecht an; Sack, S. 176 ff., 184.

Art. 14 I S. 2 GG auf das Recht am Gewerbebetrieb ist daher nach herkömmlicher grammatikalischer Interpretation ausgeschlossen. Abgesehen davon kann der verfassungsrechtliche Schutz der sachlichen Integrität und der Nutzung von Unternehmenseigentum auch ohne eine Einbeziehung des Rechts am Gewerbebetrieb in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie lückenlos gewährleistet werden.

3. Gewerbeschutz gegen Flashmob-Aktionen: Fazit

Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf konstituieren nach dem Gesagten keinen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 I GG, sondern vielmehr in das einfachrechtliche Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Dieses enthält Schutzzinhalte der Eigentumsgarantie, der Berufsfreiheit und der Allgemeinen Handlungsfreiheit. Den raschen Entwicklungen des gewerblichen Geschehens, zu denen auch der Einsatz neuartiger Arbeitskampfmittel zählt, ist durch das Recht am Gewerbebetrieb unter Zuhilfenahme der Verhältnismäßigkeit, der Parität und ergänzenden Prüfungspunkten im Einzelfall sachgemäß und flexibel zu begegnen.

Nur in Fällen von Flashmob-Aktionen mit eindeutiger Eingriffsrichtung zulasten der Grundrechte aus Art. 14 I, 12 I und 2 I GG ist im Rahmen der praktischen Konkordanz auf ihre Schutzzinhalte zu verweisen. Ansonsten erfolgt die Bemessung der Grenzen des offenen Systems der Tarifkonfliktaustragung⁴⁸⁵ vor den Arbeitsgerichten anhand des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

II. Tatbestand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs

Das Recht am Gewerbebetrieb schützt abgesehen von dem Bestand des Betriebes, den Betriebsgrundstücken und -räumen, Einrichtungsgegenständen, Warenvorräten und Außenständen auch geschäftliche Verbindungen und Beziehungen, wie z.B. den Kundenstamm. Umfasst ist danach alles, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Betriebes ausmacht⁴⁸⁶. Das Recht dient als Auffangtatbestand des gewerblichen Rechtsschutzes, das schlechthin alle Beschränkungen erfasst, welche die unternehmerische Betätigung und die freie Entfaltung von Unternehmen im Wirtschaftsleben beeinträchtigt⁴⁸⁷. Arbeitskampfmaßnahmen wie der Flashmob sind somit grundsätzlich vom Tatbestand umfasst⁴⁸⁸.

1. Betriebsbezogener Eingriff in den Betrieb

Aufgrund der Offenheit des Tatbestandes lassen sich sein Inhalt und seine Grenzen regelmäßig erst aus einer Interessen- und Güterabwägung der im Einzelfall kollidierenden Interessensphären entnehmen⁴⁸⁹. Das massenhafte Kaufen von Cent-Artikeln und das Vollladen von Einkaufswagen ohne Zahlungsabsicht ist nach der Sicht des BAG final auf eine Störung des Verkaufsbetriebes gerichtet und greift somit in den betrieblichen Organismus und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit ein. Demnach bedingt die Flashmob-Aktion einen Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb.

⁴⁸⁵ Däubler/Wroblewski, § 17, Rn. 8.

⁴⁸⁶ BGH 28.01.1957: BGHZ 23, 157; BGH 31.01.1966: BGHZ 45, 150, 155.

⁴⁸⁷ Vgl.: BGH 21.04.1998: BGHZ 138, 311, 317.

⁴⁸⁸ BAG 20.01.2009: NJW 2009, 1990, 1992.

⁴⁸⁹ Vgl.: BGH 21.04.1998: BGHZ 138, 311 318.

2. Erhebliche Schadensgefahr und Überschreiten der Bagatellgrenze

Nach dem BAG muss mit der Beeinträchtigung eine Schadensgefahr einhergehen, die über bloße Belästigungen oder sozialübliche Behinderungen hinausgeht⁴⁹⁰. Das Gericht stützt die Annahme einer Schadensgefahr beim Flashmob-Urteil auf den Umstand, dass die Initiatoren eine erhebliche Störung des Betriebs beabsichtigt hätten⁴⁹¹, abstrahiert aber keine Merkmale der Schadensgefahr. Angesichts der Vielgestaltigkeit der gewerkschaftlichen Möglichkeiten, Streiks im Sinne des Tarifziels auch mit nicht-betriebsstörenden Aktionen zu flankieren, ist die Identifikation objektiver Kriterien angezeigt, anhand derer eine relevante Schadensgefahr iSd. Eingriffs in Gewerbebetriebe beim Einsatz von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf abzuleiten ist.

In der Vergangenheit hat sich der BGH in einigen Fällen mit der Frage der Erheblichkeit einer Betriebsbeeinträchtigung befasst. Einer der vom BGH zu entscheidenden Fälle hatte den Aufruf zu einem Mietboykott gegen ein Hausverwaltungsunternehmen zum Gegenstand. Die Klägerin wollte die Beklagten, einen Verlag, in dessen Publikation der von der zweiten Beklagten verfasste Boykottaufruf erschien, mithilfe einer Unterlassungsklage u.a. daran hindern, andere Mieter zum Vorenthalten des jeweils geschuldeten Mietzinses aufzurufen. Dabei war fraglich, ob der Aufruf zum Vorenthalten von vertraglich geschuldeten Mietzahlungen zulasten der Hausverwaltung eine Schadensgefahr oberhalb einer bloßen Belästigung oder sozialadäquaten Behinderung darstellte. Der BGH stellte dabei zwar fest, dass der „Mietboykott“ auch bei vollem Erfolg keine existenzielle Bedrohung des Betriebes bedeutet hätte. Dennoch hätte die unerwartete, plötzlich entstehende Notwendigkeit, eine Vielzahl von Mietern zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten zu zwingen, eine Aufgabe für die Betroffene dargestellt, die den betrieblichen Organismus belastet hätte. Diese Belastung wäre auch Ziel der Boykottaktion gewesen, so dass nach dem BGH eine Schadensgefahr oberhalb der Bagatellgrenze anzunehmen sei⁴⁹². Die Urteilsbegründung des Mietboykott-Falls enthält trotz der Unterschiedlichkeit der streitgegenständlichen Handlung gegenüber Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf einige Betrachtungsaspekte, die bei entsprechender Anpassung für die Bewertung der Arbeitskampfkaktionen geeignet erscheinen:

- Der von der Aktion betroffene Bereich der gewerblichen Tätigkeit

Das von dem Boykott betroffene Hausverwaltungsunternehmen stellt typischerweise Wohn- oder Gewerberäume gegen die Zahlung von Mietzins zur Verfügung und erfüllt eine Vielzahl weniger elementarer Aufgaben wie die Erstellung von Nebenkostenabrechnungen u.ä. Der Mietboykott betrifft die Hauptleistung der Mieter, den Mietzins, trifft das Hausverwaltungsunternehmen also im Kernbereich seiner gewerblichen Tätigkeit.

- Das Vorliegen einer plötzlichen, nicht-existenziellen Beeinträchtigung des Betriebs

Im Falle des Mietboykottes wurde ein plötzliches Ausbleiben des Mietzinses mehrerer Mietparteien befürchtet, was die Organisation der Klägerin mit unerwarteter Mehrarbeit konfrontiert hätte. Das betroffene Unternehmen hatte eine beachtliche Größe und verwaltete mehr als 30.000 zum Teil eigene Wohneinheiten und erwirtschaftete dadurch monatlich etwa 9 Mio. DM Umsatz⁴⁹³. Das Ausmaß der Mehrbelastung der durch den Boykottaufruf zusätzlich entstehenden Kosten bedrohte bei lebensnaher Betrachtung somit nicht die Existenz des Betriebes.

- Die Quantität und Qualität der Beeinträchtigung

Die Natur der gewerblichen Tätigkeit bildet bei der Einschätzung der Qualität und Quantität der Beeinträchtigung den Bezugspunkt. Quantitativ bestimmbar ist die zeitliche Länge und je nach Art der gewerblichen Tätigkeit das angestrebte „Volumen“ der Beeinträchtigung. Der Boykottaufruf war

⁴⁹⁰ BGH 21.04.1998: BGHZ 138, 311.

⁴⁹¹ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 148.

⁴⁹² BGH 29.01.1985: VersR 1985, S. 453, 454.

⁴⁹³ BGH 29.01.1985: VersR 1985, S. 453.

auf einen Monat beschränkt⁴⁹⁴ und umfasste den jeweiligen Mietzins in vollem Umfang. Die Anzahl der tatsächlich durch den Aufruf bedingten Mietzahlungsverweigerungen betrug etwa 15 Fälle, wobei diese eher geringe Resonanz laut dem BGH nicht ohne weiteres vorauszusehen war⁴⁹⁵. Gegenstand der gewerblichen Tätigkeit der Klägerin ist das Bereitstellen von Wohnraum gegen den Erhalt von Mietzins im Rahmen von Mietverträgen. Der streitgegenständliche Aufruf fordert zum vertragswidrigen Einbehalten des Mietzinses auf, stört also diese Dauerschuldverhältnisse. Die Intensität der Beeinträchtigung rührt von der Störung eines bestehenden Vertrages her und zielt zudem auf den vorläufigen Ausfall einer Hauptleistungspflicht. Hat der Aufruf Erfolg, stehen der Hausverwaltung aus dem deutschen Miet- und Vollstreckungsrecht wenigstens keine unmittelbar wirksamen Möglichkeiten der Abhilfe zu Gebote.

- Die tatsächlich entstandenen finanziellen Nachteile

Das Urteil des BGH gibt keine Auskunft über die exakte Summe, die der Klägerin durch den Boykott vorenthalten wurde. Gleichwohl ist sie durch die Addition der tatsächlich zurückgehaltenen Mietzinsen genau quantifizierbar. Der Umstand, dass dem Unternehmen mittelfristig keine finanziellen Mehrkosten drohen, da sie etwaige Überstunden, die Kosten der Rechtsverfolgung sowie Zinsen von den säumigen Mietern zurückfordern kann, relativiert nicht den Charakter der Umsatzausfälle als tatsächlich entstandene, wenn auch temporäre, finanzielle Nachteile.

3. Übertragung der Wertungsgesichtspunkte auf Flashmob- Aktionen

Der BGH stellt anlässlich eines Eingriffes in das Recht am Gewerbebetrieb durch den Mietboykott somit vier Kriterien bereit, die ihm zur Bemessung der erheblichen Schadensgefahr und des Überschreitens der Bagatellgrenze als Bestandteile dienen. Die Kriterien erscheinen auch für die Ergänzung der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Flashmob-Aktionen und die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den betroffenen Grundrechtspositionen als vielversprechend.

Ihre Einzelbestandteile erscheinen mit den Charakteristika von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf vereinbar: Das Kriterium der Plötzlichkeit der Betriebsbeeinträchtigung durch Flashmob-Aktionen ist eine notwendige Folge aus der Typologie der Aktionsform⁴⁹⁶, während die evident nicht-existenzielle Beeinträchtigung des Betriebes einen anerkannten Gesichtspunkt der Rechtsprechung zur Verhältnismäßigkeit von Eingriffen durch Arbeitskampfmaßnahmen wiedergibt⁴⁹⁷. Die mitunter schwierige Abgrenzung, inwiefern eine Arbeitskampfmaßnahme durch eine entscheidende Schwächung der Marktstellung indirekt zu einem Ausscheiden des betroffenen Unternehmens aus dem Markt führen kann, erscheint bei Flashmob-Aktionen angesichts der weniger auf wirtschaftliche Schäden ausgerichteten Einsatz-Strategie⁴⁹⁸ regelmäßig nicht angezeigt. Eine Identifikation des von der Arbeitskampfaktion beeinträchtigten Bereichs der gewerblichen Tätigkeit des Betriebes kann einen zweckmäßigen Ausgangspunkt für die materielle Bewertung der Aktion bieten. Sie kompensiert eine Anomalie von Flashmob-Aktionen, welche anders als Streiks und Aussperrungen gerade nicht notwendigerweise einen engen Bezug zu der wirtschaftlichen Hauptbetätigung des betroffenen Betriebes haben, sondern auch mehr oder weniger starke Demonstrationselemente aufweisen⁴⁹⁹. Das Merkmal kann als Flashmob-bezogene Konkretisierung der Forderung nach einem betriebsbezogenen Eingriff als Merkmal von Eingriffen in den Gewerbebetrieb für den Zweck der Verhältnismäßigkeitsprüfung angesehen werden, der mit der qualitativen Betrachtung der Beeinträchtigungen zu ergänzen ist.

⁴⁹⁴ BGH 29.01.1985: VersR 1985, S. 453.

⁴⁹⁵ BGH 29.01.1985: VersR 1985, S. 453.

⁴⁹⁶ Vgl.: S. 9, II.

⁴⁹⁷ Kissel, § 29, Rn. 24.

⁴⁹⁸ Vgl. oben: S. 62, Nr. 5.

⁴⁹⁹ Siehe oben: S. 3, Nr. 1.

Die quantitative Betrachtung des Flashmob sowie die Frage nach der resultierenden finanziellen Netobelastung steht zusammen mit der qualitativen Einschätzung der Betriebsbeeinträchtigung im Kern der materiellen Bewertung der Aktionsform. Schon bei der Bemessung der Verhältnismäßigkeit von Aussperrungen als Antwort auf Teilstreiks erschien dem BAG die quantitative Relation der von den jeweiligen Kampfmitteln betroffenen Ausfalltagen als sachdienliches Kriterium⁵⁰⁰. Auch bei der Entscheidung über Zugangsrechte von Gewerkschaften zu Betriebsflächen zur Mitgliederwerbung stellt das BAG auf die Häufigkeit, den zeitlichen Umfang, den Zeitpunkt und die Relation der gewerkschaftlichen Beauftragten zur Belegschaftsgröße ab, nutzt also ebenfalls quantitative Gesichtspunkte⁵⁰¹. Das Einführen quantitativer Maßstäbe erscheint auch und gerade für nicht-klassische Kampfmittel wie den Flashmob zweckmäßig. Zwar bietet eine isolierte Betrachtung der messbaren Kriterien einer Aktion wie etwa der Teilnehmerzahl, der Anzahl der betroffenen Betriebe oder der zeitlichen Dauer noch keine sichere Erkenntnis über ihre Verhältnismäßigkeit. Durch die Kombination mit der qualitativen Betrachtung nach Art und Intensität oder „Tiefe“ der nicht allein vertragsbezogenen Beeinträchtigungen, ergänzt durch eine Analyse der finanziellen Einbußen des betroffenen Betriebs ergibt sich gleichwohl ein deutliches, bewertungsfähiges Bild von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf.

4. Zurechenbarkeit des Eingriffs und Subsidiarität des Unternehmensrechtsschutzes

Die Zurechenbarkeit der Arbeitskampffaktion zu der Gewerkschaft ver.di wurde vom BAG ohne Weiteres angenommen, was angesichts des veröffentlichten digitalen Rundschreibens der Gewerkschaft und der entsprechend gekennzeichneten Kleidung einiger Aktionsteilnehmer unproblematisch erscheint. Weil Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf keine exklusive gewerkschaftliche Arbeitskampfmaßnahme darstellen⁵⁰², ist die Zurechenbarkeit der Handlung zu dem jeweiligen Kollektivakteur gerade im Hinblick auf die deliktischen Grenzen des Arbeitskampfgeschehens durch einzelne Aktionsteilnehmer kritisch zu prüfen. Die Rechtssprechung des BAG zum Warnstreik lehnt eine Zurechnung von unerlaubte Handlungen Einzelner zu den Veranstaltern und eine resultierende Rechtswidrigkeit der Arbeitskampfmaßnahme ab, solange die Handlungen lediglich im Rahmen der Streikausführung begangen werden, nicht aber selbst Gegenstand der von der Gewerkschaft beschlossenen Maßnahmen sind⁵⁰³. Auch bei gewerkschaftlich getragenen Flashmob-Aktionen besteht die Möglichkeit der Überschreitung der Grenzen des koordinierten Verhaltens durch Einzelne, so dass die Zurechenbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens der Teilnehmer zu dem Aktionsplan der beklagten Gewerkschaft gesondert darzulegen ist.

Verstöße gegen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb können angesichts des Charakters des Rechts als Auffangtatbestand nur bei ansonsten bestehenden Lücken im gewerblichen Rechtsschutz geltend gemacht werden⁵⁰⁴. In Deutschland bestehen keine spezielleren Normierungen, die bei der Verteidigung gegen Arbeitskampffaktionen einschlägig wären, so dass dem Subsidiaritätsanfordernis bei Klagen gegen Flashmob-Aktionen Genüge getan ist.

⁵⁰⁰ BAG 10.06.1980, BAGE 140, 179 ff, BAG 10.06.1980: BAGE 33, 185, 193 f.; vgl. Kissel, § 29. Rn. 42.

⁵⁰¹ BAG 28.02.2006: BAGE 117, 137, 149.

⁵⁰² Unter bestimmten Umständen ist es auch lockerer strukturierten ad-hoc-Koalitionen möglich, zulässige Flashmob-Aktionen durchzuführen, siehe: S. 45, d).

⁵⁰³ BAG 21.06.1988: BAGE 58, 365, 386.

⁵⁰⁴ Staudinger/Hager, § 823 S. 372, D20.

III. Rechtswidrigkeit und Fallgruppenbildung

Weil Gewerbebetriebe häufigen, im marktwirtschaftlichen System angelegten Angriffen ausgesetzt sind, ist die Rechtswidrigkeit beim Eingriff in den offenen Tatbestand gesondert darzulegen. Als Maßstab können soziale Verhaltensregeln, Gebote der gesellschaftlichen Rücksichtnahme und richterlich geformte Verhaltensregeln dienen, welche dem Einfluß der Grundrechte unterliegen⁵⁰⁵. Hager deutet zutreffend darauf hin, dass die Herausbildung von Fallgruppen die Bedeutung der grundrechtlichen Rechtsgüterabwägung, im Fall der atypischen Arbeitskämpfungsmittel innerhalb der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, zurückdrängt⁵⁰⁶.

Das BAG nimmt eine Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht am Gewerbebetrieb durch Flashmob-Aktionen an, wobei es von einer Ausübung der in Art. 9 III GG verbürgten Koalitionsfreiheit ausgeht, die entgegen früherer Auffassung nicht mehr nur den Kernbereich der Betätigung umfasst⁵⁰⁷. Als relevantes Bezugsmoment dient dem BAG wie oben dargelegt die Funktionstüchtigkeit der Tarifautonomie, welche ihrerseits aber vom Bestand einer ungefähren Parität abhängt⁵⁰⁸.

1. Verhältnismäßigkeit

Eingriffe in den Gewerbebetrieb durch Flashmob-Aktionen sind insbesondere dann rechtswidrig, wenn sie nicht dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit genügen⁵⁰⁹. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gesteht das BAG der jeweils angreifenden Partei im Rahmen einer Rechtsmissbrauchskontrolle eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Geeignetheit und der Erforderlichkeit der ergriffenen Maßnahme zu. Als verhältnismäßig im engeren Sinne betrachtet das BAG ein Arbeitskämpfungsmittel,

„das sich unter hinreichender Würdigung der grundrechtlich gewährleisteten Betätigungsfreiheit zur Erreichung des angestrebten Kampfziels unter Berücksichtigung der Rechtspositionen der von der Kampfmaßnahme unmittelbar oder mittelbar Betroffenen als angemessen darstellt.“⁵¹⁰

Hinsichtlich der Angemessenheit des Flashmob-Einsatzes verweist das BAG auf die Vielgestaltigkeit der im Arbeitskämpfungsgeschehen denkbaren Maßnahmen und nutzt zur Abgrenzung mehrere Gesichtspunkte, die in der Abwägung der Interessen zwischen den Tarifparteien eine Rolle spielen: Danach ist in die Entscheidung miteinzubeziehen, ob die Maßnahme mit eigenen Opfern der angreifenden Partei verbunden ist und der Gegenseite Verteidigungsmöglichkeiten zu Gebote stehen⁵¹¹. Weiterhin fordert das Gericht die Erkennbarkeit der Arbeitskämpfungsmäßnahme als solche⁵¹² und konstatiert, dass Flashmob-Aktionen im Vergleich zu Streiks mithilfe von Nichtarbeitnehmern durchführbar sind und eine geringere Kontrollierbarkeit aufweisen können⁵¹³, was jedoch nicht stets zu Unverhältnismäßigkeit des Flashmob-Einsatzes führe, sondern die Notwendigkeit der Erkennbarkeit der Aktionsteilnehmer und die Existenz wirksamer Verteidigungsmittel nahelege⁵¹⁴.

⁵⁰⁵ Staudinger/Hager, § 823 S. 362, D4.

⁵⁰⁶ Allgemein zur Rechtswidrigkeit: Staudinger/Hager, § 823 S. 362, D4.

⁵⁰⁷ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 149.

⁵⁰⁸ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 154.

⁵⁰⁹ Siehe zur Anwendung des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit auf Flashmob-Aktionen bereits oben: S. 53, Nr. 2.

⁵¹⁰ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 153.

⁵¹¹ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 154.

⁵¹² BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 154.

⁵¹³ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 155.

⁵¹⁴ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 155; vgl. zur Kontrollierbarkeit: S. 15, cc) sowie zum Verteidigungsmittel des Besitzschutzes: S. 73, Nr. 4.

a) Verteidigungsmöglichkeiten des Gegners zur Wahrung der Parität

Die Verteidigungsmöglichkeiten des Supermarktbetreibers gegen die Flashmob-Aktion sind im Wesentlichen die Ausübung des Hausrechts⁵¹⁵ sowie der vorübergehenden Betriebsschließung. Seiner Ausübung stehen nach hier vertretener Ansicht keine Hindernisse entgegen, solange die Teilnehmer der Aktion als solche erkennbar sind. Die Feststellung, wann Parität herrscht, ist keinem sicheren Nachweis zugänglich. Die Verhandlungsparität in der immerhin über Monate geführten Tarifauein- andersetzung erscheint zumindest nicht durch die einmalig durchgeführte Flashmob-Aktion gestört. Als Indizien können die Erkenntnisse aus den zur Untersuchung genutzten vier Prüfungspunkten dienen. Insbesondere die relative zeitliche Kürze der Aktion, die eher geringen finanziellen Belastungen und die bestehenden Verteidigungsmöglichkeiten des betroffenen Betriebs sprechen gegen die Beeinträchtigung der Verhandlungsparität.

b) Eigene Risiken der angreifenden Partei

Nach der Einschätzung des ersten Senats gefährden Arbeitskämpfungsmittel, die ohne eigenes Risiko einsetzbar sind, typischerweise die Verhandlungsparität. Die streitgegenständliche Flashmob-Aktion fand im Rahmen eines Streiks statt, welcher der Dynamik der regulierenden Selbstschädigung des Arbeitskampfes bereits unterliegt. Das atypische Kämpfungsmittel Flashmob selbst verursachte beidseitig nur geringe finanzielle Belastungen, wobei anzunehmen ist, dass die Kosten der Arbeitgeberseite - mutmaßlich im niedrigen bis mittleren dreistelligen Eurobereich - jene der Arbeitnehmerseite übersteigen. Eine extensive Betrachtung der Arbeitskämpfrisiken umfasst indes nicht alleine finanzielle Erwägungen, sondern berücksichtigt auch Aspekte wie die öffentliche Wirkung von Tarifauein- andersetzungen und verbandssoziologische Gesichtspunkte⁵¹⁶.

c) Erkennbarkeit der Arbeitskämpfmaßnahme als solcher

Das BAG fordert eine Erkennbarkeit der Arbeitskämpfmaßnahme und seiner Teilnehmer, um dem Gegner eine angemessene Reaktion zu ermöglichen⁵¹⁷. Vorliegend waren einige Aktionsteilnehmer mit Buttons und ver.di-Westen ausgestattet, so dass eine Erkennbarkeit der Arbeitskämpfmaßnahme und ihrer Teilnehmer gewährleistet war.

d) Abgrenzung zu Betriebsblockaden und -besetzungen

Im Rahmen einer regelmäßig für unzulässig gehaltenen Betriebsblockade riegeln Arbeitnehmer die Zugänge des betroffenen Betriebs ab, um die Arbeitstätigkeit durch arbeitswillige Arbeitnehmer und Streikbrecher während eines laufenden Streiks zu verhindern und die Zulieferung von Material sowie die Auslieferung von Erzeugnissen zu unterbinden⁵¹⁸. Bei einer Betriebsbesetzung werden die gleichen Ziele verfolgt, das Mittel zum Zweck besteht hier im Verbleiben der Arbeitnehmer in den Betrieben⁵¹⁹. Ersteres Mittel wird von einer Mehrheit in der Literatur als unzulässigen Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb betrachtet, letzteres wird zudem als Eigentumsverletzung angesehen⁵²⁰.

Die Flashmob-Aktion am Berliner Ostbahnhof erschwerte nicht den Zugang von Kunden oder Lieferanten zum Ladengeschäft und unterband auch nicht die Arbeitstätigkeit von arbeitswilligen Arbeitnehmern oder Streikbrechern. Das Augenmerk der Aktion lag vielmehr auf der Verlangsamung

⁵¹⁵ Vgl. oben: S. 73, Nr. 4.

⁵¹⁶ Siehe hierzu oben: S. 62, Nr. 5.

⁵¹⁷ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 154.

⁵¹⁸ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 275; vgl. zu dem Themenkomplex erschöpfend: Treber, S. 93.

⁵¹⁹ ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 275.

⁵²⁰ Vgl.: ErfK/Dieterich, Art. 9, Rn. 276; so auch: Kittner/Zwanziger/Kittner, § 136, Rn. 24.

von Betriebsabläufen und der Erzeugung eines Mehraufwandes. Insofern überzeugt der Vergleich des Flashmob im Arbeitskampf mit der Betriebsblockade nicht, aus den gleichen Gründen bestehen wesentliche Unterschiede zur Betriebsbesetzung.

Das BAG unterscheidet die Flashmob-Aktion vor allem anhand zeitlicher Aspekte von Betriebsblockaden und -besetzungen:

„Entgegen der Auffassung des Klägers handelt es sich bei den streikbegleitenden 'Flashmob-Aktionen' der streitbefangenen Art auch nicht um 'Betriebsblockaden'. Die Einzelhandelsfilialen werden nicht etwa gegenüber Kunden und Lieferanten abgesperrt. 'Flashmob-Aktionen' der streitbefangenen Art sind typischerweise gerade nicht auf eine nachhaltige Absperrung des gesamten Betriebs, sondern auf eine relativ kurzfristige, vorübergehende Störung betrieblicher Abläufe gerichtet. Der vorliegende Fall verlangt daher nicht nach einer rechtlichen Beurteilung von 'Betriebsblockaden'⁵²¹“.

Der Betrachtung des BAG ist insoweit zuzustimmen, als der quantitative Unterschied zwischen der vor allem bei einer mehrstündigen bzw. -tägigen Aufrechterhaltung wirkungsvollen Betriebesblockade bzw. -besetzung in der fertigenden Industrie und dem vergleichsweise kürzeren Stören der Kundenabfertigung im Dienstleistungsbereich eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Die beiden Arbeitskampfmittel teilen sich lediglich das abstrakte Merkmal der Realisierung einer Betriebsbeeinträchtigung. Demgegenüber zeigen sowohl die hinter der Betriebsblockade bzw. -besetzung stehende Arbeitskampfstrategie, ihre zweckmäßigerweise länger andauernder Einsatz sowie die Intensität der Betriebsbeeinträchtigung deutliche Unterschiede zum Einsatz von Flashmob-Aktionen im Dienstleistungsbereich auf.

e) Anwendung der Prüfungsgesichtspunkte auf den Flashmob im Berliner Ostbahnhof

Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf sind schwer typisierbar. Die Bildung von Fallgruppen anhand der vorgeschlagenen Gesichtspunkte bietet ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit in Konflikten, in denen atypische Arbeitskampfmittel zum Einsatz gebracht werden. Dabei steht grundsätzlich der Versuch einer materiellen Betrachtungsweise des atypischen Arbeitskampfgeschehens im Vordergrund, wobei die korrekte Beobachtung des BAG zu beachten ist, nach der sich die vielfältigen Aspekte, welche die Angemessenheit eines Arbeitskampfmittels bestimmen, in ihrem Gewicht und ihrem Verhältnis nach nicht abschließend beschreiben lassen⁵²². Im Fall der streitgegenständlichen Flashmob-Aktion bezieht das BAG die Aspekte der Verteidigungsmöglichkeiten des Gegners zur Wahrung der Parität, eigener Risiken der angreifenden Partei, beispielsweise in Form von eigenen Opfern, und der Erkennbarkeit der Arbeitskampfmaßnahme als solcher sowie der Beteiligten in seine Bewertung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne mit ein⁵²³. Ergänzend sind bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit von Flashmob-Aktionen der von der Maßnahme betroffene Bereich der gewerblichen Tätigkeit, die plötzliche, nicht-existenzielle Beeinträchtigung des Betriebes, die Quantität und Qualität der Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit sowie die dem Betrieb tatsächlich entstandenen finanziellen Nachteile zu berücksichtigen⁵²⁴.

aa) Betroffener Bereich der gewerblichen Tätigkeit

Die möglichst exakte Bestimmung des von der Arbeitskampffaktion betroffenen Bereichs der gewerblichen Tätigkeit des betroffenen Betriebs dient als Wertungsgesichtspunkt und ist Ausgangspunkt für die quantitative und qualitative Einordnung der Beeinträchtigung. Es ist dabei zwischen Kern-

⁵²¹ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 160.

⁵²² BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 154.

⁵²³ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 154 ff.

⁵²⁴ Vgl.: BGH 29.01.1985: VersR 1985, S. 453; siehe auch oben: S. 82, Nr. 2.

und Nebengebieten der betrieblichen Tätigkeit zu unterscheiden. Der vom Flashmob betroffene Supermarkt verkauft als Einzelhändler in erster Linie Verbrauchsgüter an Endkunden. Zu den untergeordneten Tätigkeiten des Supermarkt-Betriebes gehören beispielsweise die Rücknahme von Leergut oder Batterien von den Konsumenten. Die Flashmob-Aktion zielt je nach Lesart auf die Verzögerung bzw. die Verhinderung des Zustandekommens von Kaufverträgen zwischen dem Supermarktbetreiber und seinen Kunden. Demnach betrifft der Flashmob den Kernbereich der gewerblichen Tätigkeit.

bb) Plötzliche, nicht-existenzielle Beeinträchtigung des Betriebes

Das Moment der Plötzlichkeit verlangt vor allem eine fehlende Kenntnis des Betriebsinhabers von der geplanten Arbeitskrafaktion, angekündigte Maßnahmen sind nicht plötzliche. Das Fehlen der Plötzlichkeit beispielsweise durch die Ankündigung der Arbeitskrafmaßnahme bedingt nicht automatisch eine Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im engeren Sinne, sondern stellt einen Wertungsgesichtspunkt dar. Das Erfordernis der nicht-existenziellen Bedrohung des Betriebes ist Anknüpfungspunkt einer Evidenzprüfung: Geht von einem Arbeitskrafmittel offenkundig eine existenzielle Bedrohung für den Betrieb aus, ist das Krafmittel von vornherein nicht zulässig. Dieses Prüfkriterium steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BAG zur Verhältnismäßigkeit von Arbeitskrafmaßnahmen und stellt insofern keine weitergehenden Anforderungen⁵²⁵.

Die Wirkung des Flashmob im Ostbahnhof basierte auf dem Überraschungsmoment und belastete die Supermarktangestellten mit erhöhter Kassierrätigkeit und Aufräumarbeiten, für die der Supermarktbetreiber keine Vorkehrungen treffen konnte. Die Folgen für den Betrieb waren ein gewisses Maß an Mehrarbeit, Überstunden und ggf. Umsatzausfälle. Von einer Existenzbedrohung des Betriebes kann indes nicht ausgegangen werden. Die von Säcker angedeutete Möglichkeit, dass streikbegleitende Flashmob-Aktionen Unternehmen wie den betroffenen Supermarkt vom Markt drängen könnten⁵²⁶, erscheint nicht realistisch. Gegen die Möglichkeit einer derart schweren wirtschaftlichen Folge des Arbeitskrafes sprechen neben den individuellen Eigenschaften des betroffenen Handelsbetriebs, wie z.B. sein beachtlicher Umsatz, sein hoher Anteil an Laufkundschaft und seine vorteilhafte Positionierung in einem Fernbahnhof, welche ein dauerhaftes Vertreiben einer Kundenmehrzahl unwahrscheinlich erscheinen lassen, auch ganz allgemeine Arbeitskrafstrategische Erwägungen: Arbeitskämpfe werden nicht mit dem Ziel geführt, betroffene Arbeitgeber finanziell so schwer zu schädigen, dass die Arbeitsverhältnisse, über deren Modalität gestritten wird, womöglich dauerhaft verloren gehen. Ein solches Tun liegt nicht nur deshalb jenseits der gewerkschaftlichen Möglichkeiten, weil der Versuch einer Existenzvernichtung des Gegners eine Verhältnismäßigkeit der Arbeitskrafmaßnahme jedenfalls entfallen lassen würde. Eine gewerkschaftliche Eskalationsstrategie, die mit einer Existenzbedrohung des Gegners einhergeht, ließe sich auch weder gegenüber den eigenen Mitgliedern noch gegenüber der Öffentlichkeit vermitteln, so dass schon die bloße Möglichkeit der Mobilisierung von Teilnehmern ausgeschlossen ist⁵²⁷. Bei der Flashmob-Aktion handelt es sich um eine plötzliche, nicht-existenzielle Beeinträchtigung des Betriebes.

cc) Qualität und Quantität der Beeinträchtigung

Die quantitative Betrachtung der Beeinträchtigung führt empirisch bestimmbare Momente in die Betrachtung ein. Um gehaltvolle Aussagen über die Eingriffsschwere der Flashmob-Aktion treffen zu können, ist ein Bezug zu dem jeweils betroffenen Bereich der betrieblichen Tätigkeit notwendig. Die quantitative Dimension der Maßnahme kann sich dabei vorliegend auf die zeitliche Länge der Aktion, die Teilnehmerzahl und, soweit messbar, auf monetäre Bruttonachteile des betroffenen

⁵²⁵ Vgl.: S. 83, S. 3.

⁵²⁶ Säcker, NJW 2010, S. 1117.

⁵²⁷ Siehe in diesem Sinne auch: Gamillscheg, § 24, S. 1164 mit weiteren Nachweisen.

Betriebes beziehen: Der Flashmob am Berliner Ostbahnhof dauerte zwischen 45 und 60 Minuten. Ausgehend von einer Aktionsdauer von 60 Minuten und einer Öffnungszeit des Supermarktes von 8 Uhr bis 24 Uhr⁵²⁸ betraf die Arbeitskampfkaktion rund 6,3 % der Ladenöffnungszeit, im Falle einer dreiviertelstündigen Aktion 4,7 % der Öffnungszeit. Die Teilnehmerzahl zwischen 40 und 50 Personen erscheint in Relation zu dem normalen Kundenaufkommen, das für den vorliegenden Fall nicht im Detail bekannt ist, eher klein und kann als nachrangiger Gesichtspunkt in die Bewertung einfließen. Das Verhältnis der Teilnehmerzahl zur Belegschaftgröße, welches das BAG für die Bewertung von Betriebs Zutrittsrechten von gewerkschaftlich Beauftragten zu Werbezwecken heranzieht, kann vorliegend mangels entsprechender Daten nicht nutzbar gemacht werden. Die finanzielle Bruttobelastung etwa durch Aufräumarbeiten oder Umsatzschwankungen wurde nicht vorgetragen, von einer rechtlich relevanten Belastung ist also nicht auszugehen.

Qualitative Betrachtungen atypischer Arbeitskampfmaßnahmen erfassen die jeweilige Bedeutung der Beeinträchtigung für den Kernbereich, ggf. auch für Nebenbereiche der Betriebstätigkeit. Der Supermarkt am Ostbahnhof ist mit 6 Kassen ausgestattet, liegt an einem wichtigen Verkehrsknotenpunkt Berlins und öffnet als einer der wenigen Supermärkte des Stadtviertels auch sonntags. Intensive Stoßzeiten beispielsweise zu Beginn der Park- und Grillsaison oder bei den häufigen Sportveranstaltungen in der Umgebung gehören daher zur Routine des Betriebs. Der streitgegenständliche Flashmob begann um 10.45 Uhr an einem Freitag im Dezember während der allgemeinen Arbeitszeit von Berufstätigen. Das Zusammenfallen der Eingriffe mit einer Zeit der besonders intensiven Handelstätigkeit ist daher nicht ersichtlich.

Zu den qualitativen Merkmalen gehört auch die Eingriffsnatur, welche in einer rein tatsächlichen Behinderung des Betriebsablaufes bestehen kann, die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen der Betroffenen behindern- oder etwa die Vertragsanbahnungen betreffen kann. Der Flashmob-Aktion entfaltet keine einseitige Störung der Hauptleistungspflichten wirksamer Verträge, verzögert während der Dauer der Aktion gleichwohl das Zustandekommen neuer Verträge.

dd) Die dem Betrieb tatsächlich entstandenen finanziellen Nachteile

Der Aspekt der tatsächlich entstandenen finanziellen Nachteile ergänzt die empirisch feststellbare Dimension eines Eingriffes durch atypische Arbeitskampfmittel. Zu betrachten sind finanzielle Nettobelastungen, die dem Betrieb nach Ende des Eingriffes verbleiben. Denkbare Kompensationen zunächst entstandener Bruttoausfälle, etwa durch Supermarktkunden, die von der laufenden Aktion abgeschreckt ihre Einkäufe später nachholen, sind hier zu berücksichtigen. Der schwierig zu führende Nachweis von zurechenbaren Schäden durch Flashmobs im Einzelhandel bildet augenfällig ein Hindernis bei der Bemessung. Bei der wertenden Betrachtung gilt es daher eine Benachteiligung der Arbeitgeberseite aufgrund dieses Umstandes zu vermeiden. Auf der anderen Seite deutet gerade die Debatte um den Flashmob am Berliner Ostbahnhof auf die Gefahr von Schadensdarstellungen in der juristischen Debatte hin, denen die Bindung an reale Dimensionen fehlt. Für den ersten Rechtszug sind deshalb herkömmlicherweise iSv. § 46 II ArbGG die zivilprozessualen Vorschriften über die Beweiserhebung einschlägig. Unter Berücksichtigung betrieblicher Geheimhaltungsinteressen kann dabei möglicherweise eine je nach Betrieb und Tageszeit typisierte Umsatzaufstellung nutzbar gemacht werden. Für den streitgegenständlichen Fall fehlen Angaben über die reale Schadenshöhe, Schadensersatzforderungen wurden seitens des Supermarktbetreibers nicht geltend gemacht. Vorbehaltlich der Widerlegung durch präzisere Angaben betroffener Betriebe erscheinen finanzielle Nachteile infolge von Flashmob-Aktionen im Einzelhandel wie dem streitgegenständlichen allenfalls im Bereich von niedrigen bis mittleren dreistelligen Eurobeträgen realistisch.

⁵²⁸ LArbG Berlin-Brandenburg 29.09.2008: LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 82, S. 3.

2. Verhältnismäßigkeit: Fazit und praktische Konkordanz

Die kampfführende Gewerkschaft ver.di stützt den Flashmob-Einsatz auf die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG, eine rechtswidrige Ausübung selbiger griffe in die Koalitionsfreiheit der Gegenseite ein⁵²⁹. Das zusätzlich tangierte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vereint Teilelemente der Grundrechte aus Art. 12 I, 14 I und 2 I GG, zählt aber als einfachrechtliches Institut nicht selbst zu den in der praktischen Konkordanz zu berücksichtigenden Grundrechtspositionen. Das beiderseits ins Feld geführte Grundrecht aus Art. 9 III GG enthält eine grundlegende Ordnungsentscheidung des deutschen Arbeitsmarkt- und Sozialgeschehens. Allerdings ist die Herstellung praktischer Konkordanz als größtmögliche Entfaltung der gegenläufigen und gleichartigen Rechtspositionen anhand der Grundrechte aus Art. 9 III GG nicht weiterführend, sondern läuft ihrerseits auf die Frage der Rechtswidrigkeit der Flashmob-Aktionen hinaus. Angesichts der Staatsferne des Tarifgeschehens⁵³⁰ und der aus Art. 9 III GG folgenden grundsätzlichen Kampfmittelfreiheit⁵³¹ steht die Parität zwischen den Tarifpartnern, welche die Funktionstüchtigkeit der Tarifaufonomie verbürgt, im Kern der Frage nach der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampsmaßnahmen⁵³².

Gegen die Flashmob-Aktionen bestanden in Form des Hausrechts und der vorübergehenden Schließung des Betriebs Verteidigungsmöglichkeiten sie war anhand der ver.di-Jacken und -Buttons eines Teils der Teilnehmer auch als Kampfmaßnahme erkennbar. In der erweiterten Betrachtung stellt die Arbeitskampsmaßnahme einen plötzlichen, nicht-existenzbedrohenden Eingriff in den Kernbereich der Tätigkeit des Betriebes dar. Die Aktion wurde von 40 bis 50 Teilnehmern unter der Leitung der Arbeitskampsführenden Gewerkschaft durchgeführt. Sie dauerte 45 - 60 Minuten und betraf somit 4,7 - 6,3 % der relevanten Betriebszeit, wobei offenbar keine Stoßzeiten betroffen waren. Sie war durch tatsächliche Störungen in der Kassiertätigkeit geprägt und behinderte den Abschluss von Kaufverträgen zwischen den Betriebseigentümern und den Kunden. Nettoschäden können vor allem durch die Kosten von Überstunden der Beschäftigten des Betriebes zum Zweck des Wiedereinräumens der Regale und durch Umsatzausfälle des Betriebes entstanden sein, Beschädigungen und Zerstörungen von Waren wurden nicht nachgewiesen. Auch angesichts der Tatsache, dass keine Schäden quantifiziert und Schadensersatzforderungen von Seiten des Betriebes nicht geltend gemacht wurden, ist davon auszugehen, dass dem Betrieb keine nennenswerten finanziellen Nachteilen entstanden sind.

Die Beeinträchtigung der betrieblichen Abläufe durch die Flashmob-Aktion erreicht nach dem Gesagten quantitativ und qualitativ kein Maß, bei dem ein verhandlungsentscheidendes, drohungsbedingtes Übergewicht der Arbeitnehmerseite in den laufenden Tarifverhandlungen zu erwarten wäre. Die Aktion bildet vielmehr eine einmalige, auf mediale Wirksamkeit ausgerichtete Begleitung des seit mehreren Monaten erfolglos verlaufenden Streiks zur Aufnahme von Tarifverhandlungen im Einzelhandel. Dementsprechend ist die größtmögliche Entfaltung der sich gegenüberstehenden Rechtspositionen vorliegend nicht durch die Begrenzung der Flashmob-Aktion zu erreichen. Die Maßnahme verursacht oder verstärkt keine Beeinträchtigung der zwischen den Tarifpartnern angestrebten Parität und erscheint in Ansehung der sich gegenüberstehenden Rechtspositionen deshalb nicht als unverhältnismäßig. Der durch die Flashmob-Aktionen bedingte Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist rechtmäßig.

⁵²⁹ BAG 26.04.1988, B II 1 der Entscheidungsgründe: BAGE 58, 138; BAG 24.04.2007: BAGE 122, 134, Rn. 54.

⁵³⁰ Vgl.: S. 60, Nr. 4.

⁵³¹ Siehe: S. 49, Nr. 1.

⁵³² BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 152; vgl. oben: S. 57, Nr. 3.

IV. Flashmob als Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb: Fazit

Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf als Ausdruck der durch Art. 9 III GG geschützten Betätigungsfreiheit der Koalitionen sind als Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Tarifgegners am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen. Das Recht am Gewerbebetrieb enthält zwar Teilelemente des Grundrechts aus Art. 14 I GG, ist jedoch nicht selbst Teil der Eigentumsgarantie. Die Prüfung der Flashmob-Aktion am Berliner Ostbahnhof anhand der Betriebsbezogenheit des Eingriffs, der durch sie bestehende Schadensgefahr, der Zurechenbarkeit des Eingriffes zu ver.di und der Verhältnismäßigkeit bestätigt im Ergebnis die Sichtweise des BAG und der Vorinstanzen dahingehend, dass die Aktion keinen unverhältnismäßigen und somit auch keinen rechtswidrigen Eingriff darstellt. Der in der Literatur gezogene Vergleich der Aktion mit der regelmäßig unzulässigen Betriebsblockade sowie der Betriebsbesetzung stellt sich demgegenüber vor allem wegen des erheblich stärkeren Zwangscharakters und der deutlich längeren Dauer letzterer Kampfmodi als verfehlt dar.

Als Gesichtspunkte zur Bewertung von Flashmob-Aktionen empfehlen sich in Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung zum Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb⁵³³ und der BAG-Rechtsprechung zur Gewerkschaftswerbung in Betrieben⁵³⁴ die Betrachtung des betroffenen Bereichs der gewerblichen Tätigkeit, der plötzlichen, nicht-existenziellen Beeinträchtigung des Betriebes, der Qualität und Quantität der Beeinträchtigung sowie des tatsächlich entstandenen finanziellen Nachteils des Betriebes⁵³⁵. Die erweiterte Prüfung der Flashmob-Aktion am Berliner Ostbahnhof bestätigt die sinnhaltige Nutzbarkeit dieser Gesichtspunkte als Analyseansätze der Betriebsbeeinträchtigung durch Flashmob-Aktionen stützen eine Bewertung der Aktion im Berliner Ostbahnhof als rechtmäßig.

⁵³³ BGH 29.01.1985: VersR 1985, S. 453.

⁵³⁴ BAG 28.02.2006: BAGE 117, 137.

⁵³⁵ Siehe oben: S. 82, Nr. 2.

Kap. 8 Weitere Flashmob-Konstellationen und ihre rechtliche Bewertung

Die Varianten streikbegleitender, öffentlichkeitswirksamer Aktionen im Arbeitskampf sind unübersehbar zahlreich, der jeweilige Handlungsmodus, die Anzahl der Aktionsteilnehmer, die Aktionsdauer und andere Parameter, welche die quantitative und qualitative Bewertung von Flashmob-Aktionen erlauben, variieren. In der Folge werden die dargestellten Prüfungsgesichtspunkte hinsichtlich ihres Nutzens bei der Bewertung atypischer Kampfmittel als paritätsrelevante Determinanten im Rahmen der Verhältnismäßigkeit geprüft.

I. Telefonaktion zulasten einer Supermarktleitung

Während eines Streikes von Einzelhandelsbeschäftigten gegen das Handelsunternehmens Reichelt wurde eine Filiale u.a. mit einer Telefon-Aktion bedacht, um die Betriebsabläufe zu beeinträchtigen. Über die Internetseite www.dichtmachen.org rief ver.di dazu auf, die Filialleitung einer Reichelt-Filiale in Berlin-Wilmersdorf telefonisch nach aktuellen Sonderangeboten zu befragen⁵³⁶. Die streikbegleitende Telefonaktion beeinträchtigt ersichtlich nicht direkt Kunden, Geschäftspartner oder Mitarbeiter, sondern die Betriebsleitung des Supermarktes. Die durch sie hervorgerufene Betriebsablaufstörung kann einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Supermarktbetreibers darstellen.

1. Arbeitskampfrechtliche Würdigung

a) Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Die Telefonaktion richtet sich gezielt gegen die Leitung des Handelsbetriebes, ist daher betriebsbezogen. Eine erhebliche Gefahr wirtschaftlicher Schäden des Betriebs durch die Telefonaktion ist zwar nicht unmittelbar erkennbar, gleichwohl bleibt die Aktion nicht im Rahmen alltäglicher, zu erwartender Belastungen des Wirtschaftslebens und überschreitet deshalb die Bagatellgrenze. Anhand des entsprechenden Aufrufs vom Vortag der Aktion ist sie ver.di auch zurechenbar, so dass ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt. Der Eingriff ist nicht rechtswidrig, wenn die Telefonaktion eine vom Grundrecht aus Art. 9 III GG umfasste Arbeitskampfmaßnahme darstellt. Die Kampfmittelfreiheit aus Art. 9 III GG erlaubt auch den Einsatz nicht-klassischer Arbeitskampfmittel⁵³⁷, so dass auch die Telefonaktion in den grundrechtlichen Schutzbereich fällt. Dieser Umstand erlaubt aber noch kein weitergehendes Urteil über die Zulässigkeit der Aktion, vielmehr kommt es auf die Ausgestaltung des Grundrechts durch die Rechtsordnung an. Angesichts fehlender positiver Normierungen ist diese wesentlich den Arbeitsgerichten überlassen, wobei Beschränkungen angesichts der Betätigungsfreiheit der Koalitionen aus Art. 9 III GG selbst rechtfertigungsbedürftig sind⁵³⁸.

⁵³⁶ ArbG Berlin 23.06.2008 Nr. 10 des Tatbestandes, 2 Ga 9993/08.

⁵³⁷ Vgl. oben: S. 49, Nr. 1.

b) Rechtfertigung des Eingriffes und Verhältnismäßigkeit

Die Erhaltung einer funktionsfähigen Tarifautonomie gebietet judikative Eingriffe in die Koalitionsbetätigungsfreiheit, wenn eine Störung der Parität im Sinne eines grob bemessenen Gleichgewichts der Verhandlungspartner vorliegt⁵³⁹. Zur situationsbezogenen Bewertung der Telefonaktion ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit den Bezugspunkten der Beeinträchtigung des beeinträchtigten Gewerbebetriebs und eines legitimen Kampfziels zu nutzen⁵⁴⁰. Das Urteil über die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Telefonaktion obliegt aufgrund der in Art. 9 III GG gewährleisteten Kampfmittelfreiheit nach der Rechtsprechung einer Einschätzungsprärogative der tätigen Koalition⁵⁴¹. Die Aktion erscheint zur Druckausübung zugunsten des zeitnahen Abschlusses eines für die Beschäftigten vorteilhaften Tarifvertrags geeignet und erforderlich.

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne fragt unter Berücksichtigung der Rechtspositionen der von der Kampfmaßnahme unmittelbar oder mittelbar Betroffenen nach der Angemessenheit der Arbeitskampfmaßnahme. Die Telefonaktion ist Ausdruck der vom Schutzbereich des Art. 9 III GG umfassten Koalitionsbetätigungsfreiheit und stellt eine maßgebliche Ordnungsentscheidung des deutschen Grundgesetzgebers dar. Auf Seite des Supermarktbetriebes ist das einfachrechtliche Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen, das nach gängiger und zutreffender Ansicht nicht vom Schutzbereich der Eigentumsgarantie nach Art. 14 I GG umfasst ist.

Die Telefonaktion diene ver.di konkret dazu, einen laufenden Streik mit einer unorthodoxen Aktion zu flankieren. Art. 9 III GG verbürgt kein allgemeines Recht den sozialen Gegenspieler zu schädigen, der Arbeitskampf ist gleichwohl im Kern stets mit einem Eingriff in fremde Rechte verknüpft⁵⁴². Grenzen finden Flashmob-Aktionen jedenfalls in straf- sowie deliktrechtlichen Normierungen. Eine gerichtliche Einschränkung der Telefonaktion würde nach dem Gesagten eine unmittelbare Verkürzung der Koalitionsbetätigungsfreiheit von ver.di von erheblichem Gewicht darstellen. Auf der anderen Seite ist die Leitung von Einzelhandelsbetrieben als eine organisatorische Aufgabe von der Notwendigkeit geprägt, telefonisch mit Mitarbeitern, Lieferanten und anderen Personen kommunizieren zu können. Das effektive Blockieren des Telefonanschlusses durch die Aktion schränkt die Möglichkeit der Erfüllung dieser Aufgabe auf eine weitreichende Weise ein.

Nach der Maßgabe des BAG spielen bei der Bewertung bei atypischen Kampfmitteln anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes weiterhin insbesondere die Erkennbarkeit der Arbeitskampfmaßnahme, Abwehrmöglichkeiten der Gegenseite und eigene Opfer der tätigen Koalition eine Rolle. Die Telefonaktion war mutmaßlich nach den ersten Anrufen bei der Supermarktleitung als Arbeitskampfmaßnahme identifizierbar, eigene Opfer von ver.di sind nicht erkennbar. Mit Blick auf obige Ausführungen ist das Erfordernis eigener wirtschaftlicher Opfer der angreifenden Partei beim Einsatz atypischer Arbeitskampfmitteln abzulehnen⁵⁴³. Auch im vorliegenden Fall entrichtete die Gewerkschaft im parallel geführten Streik die übliche Streikunterstützung, so dass auch im Kontext der Telefonaktion herkömmliche finanzielle Opfer erbracht wurden. Zur Verteidigung der Supermarktleitung gegen die Telefonaktion ist allenfalls eine temporäre Deaktivierung des Telefonanschlusses denkbar, was allerdings den Kontakt etwa mit Warenlieferanten erheblich verkompliziert und auf diese Weise zu noch ernsteren Konsequenzen für den Betriebsablauf führen kann als die Telefonaktion selbst. Das Abschalten des Telefonanschlusses erscheint daher unzumutbar, anderweitige Verteidigungsmittel der Arbeitgeberseite sind nicht erkennbar. Die denkbare Anordnung von Einschränkungen des Arbeitskampfmittels wie einer maximal zulässigen Anzahl an Anrufen oder einzuhaltenden Gesamtdauer der Aktion ist ähnlich wie im Fall des Flashmobs am Berliner Ostbahnhof nur unter Einbeziehung

⁵³⁸ Vgl. insofern: BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 148, 149.

⁵³⁹ BAG 22.09.2009 II 1 b der Gründe: BAGE 132, 140.

⁵⁴⁰ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 153 f.

⁵⁴¹ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 153 mit Rückbezug auf BAG 19.06.2007: BAGE 123, 134, 143.

⁵⁴² Kissel, § 29, Rn. 24.

⁵⁴³ Siehe oben: S. 62, Nr. 5.

der Eigenheiten des Einzelbetriebs denkbar, deren Abstimmung im Vorfeld nicht mit dem Überraschungsmoment vereinbar ist, welcher der Aktion ihr Gepräge verleiht.

c) Zusätzliche Wertungsgesichtspunkte zur Bestimmung der Paritätsrelevanz der Flashmob-Aktion

Gegenstand der gewerblichen Tätigkeit des Supermarktes ist das Verkaufen von Lebensmitteln und anderer Konsumgüter an Endverbraucher. Der Kern der gewerblichen Tätigkeit, nämlich der Verkauf von Waren an Endverbraucher, ist durch die Telefonaktion nicht betroffen, möglicherweise nicht einmal merklich beeinträchtigt. Die Telefonaktion greift in die telefonische Kommunikation der Betriebsleitung ein und beeinträchtigt somit indirekt alle Bereiche des Supermarktes, die einer fortlaufenden Beaufsichtigung bedürfen sowie die Außenkontakte des Betriebes, auf plötzliche Art und Weise.

Die Telefonaktion beeinträchtigte die betrieblichen Abläufe des Supermarktes, ohne eine existenzielle Bedrohung des Betriebes zu verursachen. Als Aktionsdauer war seitens der gewerkschaftlichen Initiatoren der Zeitraum zwischen 6.00 und 13.00 Uhr, also sieben Stunden beabsichtigt⁵⁴⁴. Über die tatsächliche Zahl der Anrufe und die Gesamtdauer der Telefonaktion liegen allerdings keine Informationen vor, so dass die quantitative Dimension der Störung keiner exakteren Bewertung zugänglich ist. Bei qualitativer Betrachtung ist weder ein Eingriff der Aktion in wirksame Schuldverhältnisse noch eine Verlangsamung der Verkaufstätigkeit zu beobachten. Vielmehr hat das sinnfreie Anrufen der Geschäftsleitung die Qualität einer erheblichen, tatsächlich wirkenden Belästigung, die bei einer weniger konsequenten Ausübung zwar einem Streich bzw. einer Nonsense-Aktion gleichkäme. Auf der anderen Seite ist gerade im Fall länger anhaltender hochfrequenter Telefonaktionen eine erhebliche Belastung der Betroffenen und eine wenigstens temporär ernsthafte Beeinträchtigung der Leitungsaufgaben denkbar. Zwar waren abgehende Telefonate der Betriebsleitung durch Mobiltelefone auch ohne den blockierten Telefonanschluss möglich. Der Empfang eingehender Anrufe war demgegenüber während der Aktionsdauer stark beeinträchtigt. Finanzielle Nachteile wurden seitens des Betriebs nicht geltend gemacht, ihre Entstehung ist nach dem Gesamtbild der Aktion auch nicht anzunehmen.

2. Abwägung und Ergebnis

Innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung streiten zusammenfassend insbesondere der Aspekt der weitgehend fehlenden effektiven Abwehrmöglichkeit und die lange geplante Aktionsdauer von 7 Stunden gegen eine Angemessenheit der Aktion. Gleichzeitig ist die Qualität der Betriebsstörung trotz der fehlenden Beeinträchtigung der zentralen gewerblichen Verkaufstätigkeit und der Vertragsbeziehungen wenigstens für die tatsächliche Dauer der Telefonaktion als hoch einzustufen. Obwohl durch die Möglichkeit der Nutzung von Mobiltelefonen in Notfällen und überraschenden Ereignissen in den Lieferbeziehungen die Reaktionsfähigkeit der Betriebsleitung nicht vollkommen aufgehoben war, stellt die Telefonaktion eine intensive Beeinträchtigung dar. Abgesehen von der Konfusion bei den Adressaten, die mit dem plötzlichen Wechsel des Telefonanschlusses im geschäftlichen Kommunikationsverkehr einhergehen kann, spielt dabei vor allem die Aufhebung der Erreichbarkeit des Betriebs etwa in Fällen von Lieferverzögerungen, Bestellungsnachfragen etc. eine wichtige Rolle. Die Entfaltung der sich gegenüberstehenden Rechtspositionen unter Berücksichtigung des jeweils gegensätzlichen Rechts legt vorliegend ein Zurücktreten der gewerkschaftlichen Ausübung der Koalitionsbetätigungsfreiheit in der gegebenen Form nahe. Die zeitlich weit ausgedehnte, in Teilbereichen sehr intensiv wirkende Beeinträchtigung der telefonischen Kommunikation erscheint gegenüber dem rechtlichen Interesse des Supermarktbetreibers an einem funktionsfähigen, auch bei zufälligen externen Störungen fortführbaren Betriebsablauf demnach nicht als verhältnismäßig. Der Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Supermarktbetreibers ist nicht gerechtfertigt.

⁵⁴⁴ ArbG Berlin 23.06.2008 Nr. 4 des Tatbestandes, 2 Ga 9993/08.

Die vom Arbeitsgericht Berlin verfügte Untersagung der Arbeitskampfmaßnahme und Abschaltung der Internetseite⁵⁴⁵ erscheint deshalb auch bei einer erweiterten Betrachtung der Paritätsrelevanz der Aktion als korrekt. Der in der Entscheidung geäußerte Gedanke, nach dem die Telefonaktion bereits deshalb unzulässig sein soll, weil der Aufruf von ver.di nicht an einen beschränkten Personenkreis gerichtet war und so möglicherweise auch Anrufer hätten auftreten können, die nicht vom personellen Schutzbereich des Art. 9 III GG umfasst sind, überzeugt allerdings nicht. Wie oben dargelegt hält sich das spontane Interesse der allgemeinen Öffentlichkeit an spezifischen Tarifkonflikten in engen Grenzen. Ein unerwartetes Ausgreifen der Telefonaktion auf einen unvorhergesehen großen Aktivistenkreis ohne tarifbezogene Motivation liegt deshalb fern⁵⁴⁶.

II. Geldwechselaktion in einer Bankfiliale

Anlässlich einer Tarifaueinandersetzung zwischen einem Bankinstitut und einer Gewerkschaft in den 1990er Jahren flankierte die arbeitskampfführende Gewerkschaft ihre Streikbemühungen gegen ein Bankinstitut mit einer Flashmob-artigen Aktionsform.

Gewerkschaftsmitglieder stellten sich in einer Filiale des bestreikten Bankinstituts an die Schalter an, um jeweils zehn Deutsche Mark in unterschiedlichste Devisen umzu-tauschen. Ziel der Aktion war eine erhebliche Verzögerung der normalen Schalterabfertigung von Kunden. Polizeibeamten wurde trotz einer entsprechenden Drohung des zuständigen Filialleiter nicht hinzugezogen. Die Aktion endete nach etwa 45 Minuten.

1. Arbeitskampfrechtliche Würdigung

Die Geldwechselaktion betrifft das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Bankunternehmens. Die Aktion bedingt einen betriebsbezogenen Eingriff, welcher der arbeitskampfführenden Gewerkschaft auch zurechenbar ist und die Schwelle der sozialüblichen Belastungen überschreitet. Die Rechtswidrigkeit des Eingriffes kann nicht schon aus einer vermuteten oder behaupteten Beeinträchtigung der Parität abgeleitet werden, die Maßnahme ist vielmehr anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu bewerten. Die Aktion ist zur Einwirkung auf die Gegenseite im Tarifkonflikt mit dem Ziel eines zeitnahen, für die Beschäftigten vorteilhaften Tarifabschlusses nach Maßgabe der gewerkschaftlichen Einschätzungsprärogative geeignet und erforderlich.

a) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn ist auch vorliegend mit besonderem Augenmerk auf die Erkennbarkeit der Arbeitskampfmaßnahme und etwaig bestehende Verteidigungsoptionen zu prüfen. Die Geldwechselaktion unterstütze einen laufenden Streik und ist als Ausfüllung der Koalitionsbetätigungsfreiheit vom Schutzbereich des Art. 9 III GG umfasst. Das Grundrecht spiegelt eine maßgebliche arbeitsmarktökonomische Ordnungsentscheidung des deutschen Grundgesetzgebers wider⁵⁴⁷. Die Aktion beeinträchtigt die Abfertigung von Privatkunden und greift in das Recht der Bank am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein, der Eingriff ist betriebsbezogen und der kampfführenden Gewerkschaft zurechenbar. Die Flankierung laufender klassischer Arbeitskampfmaßnahmen durch atypische Arbeitskampfmittel steht den Tarifparteien nach der Rechtsprechung des BAG und

⁵⁴⁵ ArbG Berlin 23.06.2008 I 6 b der Gründe, 2 Ga 9993/08.

⁵⁴⁶ Vgl. bereits oben zu Kerstens Annahme der Schwarmhaftigkeit atypischer Arbeitskampfkaktionen und der ihnen angeblich innewohnenden Eskalationsgefahr: S. 14, bb).

⁵⁴⁷ Vgl. oben S. 39, I.

BVerfG zur Kampfmittelfreiheit aus Art. 9 III GG offen. Eine gerichtliche Einschränkung der Aktion würde die Koalitionsbetätigungsfreiheit der aufrufenden Gewerkschaft daher erheblich verkürzen. Der Geschäftsbetrieb der betroffenen Bankfiliale ist zugleich von der Aktion in merklichem Umfang betroffen, ohne jedoch die Aufrechterhaltung des Schalterbetriebs auch nur temporär ernsthaft zu gefährden.

Nach Maßgabe des BAG sind bei der Bewertung und Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen vor allem die Erkennbarkeit der Arbeitskampfmaßnahme und die Existenz von Abwehrmöglichkeiten der Gegenseite als Wertungsgesichtspunkte heranzuziehen. Die Geldwechselaktion ist nach kurzer Anlaufzeit als Arbeitskampfmaßnahme mit Verbindung zu dem laufenden Streik erkennbar. Verteidigungsmöglichkeiten könnten aus dem zivilrechtlichen Besitzschutz folgen. Nach §§ 858 ff. BGB haben die Berechtigten die Möglichkeit ihr Hausrecht auszuüben und die Aktionsteilnehmer notfalls mithilfe von Besitzwehr nach § 859 I BGB aus der Bankfiliale zu entfernen⁵⁴⁸. Ob ein Hausverweis gegen die Aktionsteilnehmer ausgesprochen wurde ist vorliegend unbekannt. Die Drohung mit der Hinzuziehung der Polizei durch den Filialleiter legt den Versuch einer Besitzschutzausübung nahe, die Unvollständigkeit des Sachverhaltes erlaubt jedoch keine abschließende Antwort.

b) Zusätzliche Wertungsgesichtspunkte der Flashmob-Aktion

Zur weiteren Bewertung der Paritätsrelevanz der Telefonaktion ist das Vorliegen einer plötzlichen, nicht-existenziellen Beeinträchtigung eines betriebsrelevanten Tätigkeitsbereichs des betroffenen Unternehmens sowie die Quantität und Qualität der Beeinträchtigung sowie eines belegbaren finanziellen Bruttonachteils zu prüfen.

Bankfilialen dienen Banken zur gewerblichen Interaktion mit ihren Kunden. So wird die Vergabe von Krediten an Privatpersonen sowie kleine und mittelständische Unternehmen, die einen wesentlichen Aspekt der gewerblichen Tätigkeit herkömmlicher Geschäftsbanken darstellt, trotz der Digitalisierung zahlreicher Finanzdienstleistungen noch immer in Bankfilialen vorgenommen. Da in den 1990er Jahren das Onlinebanking noch nicht verbreitet war, wurden jedoch auch Überweisungen, die Einrichtung von Daueraufträgen von Privatkunden u.Ä. an den Schaltern der Filialen vorgenommen. Dementsprechend betrifft die Aktion einen Kernbereich der Betriebstätigkeit. Die Aktion begann aus Sicht der Filialmitarbeiter unerwartet und plötzlich. Die Störung der Schalterabfertigung von Kunden bedeutet eine Störung des Betriebsablaufes, nicht aber eine evidente Bedrohung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage der Bank. Quantitativ betrachtet erstreckte sich die Aktion auf etwa 45 Minuten, bei Zugrundelegung einer siebenstündigen Filialöffnungszeit also auf knapp 5,3 % der relevanten Betriebszeit, die Teilnehmerzahl ist unbekannt.

Die qualitative Betrachtung fragt nach Aspekten der Intensität der Aktion. Über eine Überschneidung der Aktion mit etwaigen Stoßzeiten des wochen- oder tagesbezogenen Bankgeschäfts liegen keine Informationen vor. Die Behinderung der Schalterabfertigung betrifft sowohl den Kontakt mit potenziellen Neukunden der Bank als auch den mit Bestandskunden, so dass ggf. temporär auf tatsächliche Weise in die Erfüllung bestehender Verträge des Bankhauses eingegriffen wird. Geschäftliche Handlungen mit größerem wirtschaftlichen Gewicht wie etwa Kreditverhandlungen u.Ä. sind wohl nicht betroffen, finden sie doch regelmäßig nach Terminabsprache außerhalb des von der Aktion betroffenen Schalterbereichs statt. Die dem Unternehmen tatsächlich entstandenen finanziellen Bruttonachteile sind vorliegend nicht quantifiziert und wurden auch nicht gerichtlich geltend gemacht.

⁵⁴⁸ Vgl. BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 157 f.; Löwisch, NZA 2010, S. 209 f.

2. Abwägung und Ergebnis

Die betrachtete Arbeitskampfmaßnahme war nach kurzer Zeit als Arbeitskampfmittel erkennbar, in Form des Hausrechts bestanden mutmaßlich auch Möglichkeiten zur wirksamen Verteidigung. Ähnlich wie in dem Fall der oben erörterten Telefonaktion kann dabei allerdings nicht abschließend geklärt werden, ob die Teilnehmer der Aktion stets auch als solche erkennbar waren und die Ausübung des Hausrechts dementsprechend problemlos möglich war.

Die Aktion greift nicht in zentrale Belange bestehender Vertragsbeziehungen ein, beeinträchtigt aber die zügige Bearbeitung jeder Art von Interaktion der Filiale mit Kunden. Dabei weist der Aktionstyp in seiner unspezifischen, alle Kundenkontakte verzögernden Art und Weise Ähnlichkeiten mit dem Flashmob im Berliner Ostbahnhof auf. Der von der Aktion betroffene Kundenservice begleitet den branchentypischen Wertschöpfungsprozess der Kreditvergabe und Geldverwaltung, ist aber nach Aufhebung der Störung, ähnlich wie ein Supermarkteinkauf, regelmäßig nachholbar. Als gewichtigere Nachteile erscheinen mögliche Imageeinbußen des Unternehmens. Das öffentliche Bild der Kreditinstitute ist gegenüber Arbeitskampfmaßnahmen und demonstrations- und Flashmob-artigen Aktionsformen vor Ort mutmaßlich störungsempfindlich, auch wenn sich die Aktionen nicht auf Investitions- oder Kreditvergabemodalitäten, sondern „lediglich“ auf die Beschäftigungsverhältnisse der Angestellten beziehen. Die Störung weist eine zeitlich begrenzte Dimension auf und stellt angesichts der Nachholbarkeit der verzögerten Kundenabfertigung und der regelmäßig geringen Abhängigkeit der Bankfiliale von Laufkundschaft keine ernsthafte wirtschaftliche Beeinträchtigung, noch weniger eine Existenzbedrohung des Betriebes dar.

Bei der Abwägung der Koalitionsfreiheit der aufrufenden Gewerkschaft und des Rechts am Gewerbebetrieb der Bank ist vorliegend angesichts der überschaubaren zeitlichen Länge der Arbeitskampfaktion, ihrer vergleichsweise geringen Eingriffsintensität und der anzunehmenden Verteidigungsmöglichkeiten des Gegners in Form des Hausrechts mit Blick auf das Postulat der Kampfmittelfreiheit und angestrebten Staatsferne des Arbeitskampfes nachdrücklich von einer Verhältnismäßigkeit der Aktion auszugehen. Demnach ist der Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb nicht rechtswidrig.

III. Verzögerungen am Flughafen

In einer Tarifauseinandersetzung einer Gewerkschaft gegen eine große Fluggesellschaft wurde Ende der Neunzigerjahre in den Schalterhallen des Flughafens Tegel ebenfalls eine Flashmob-artige, streikbegleitende Aktion veranstaltet.

Die einzige Maschine der Air France von Berlin nach Paris flog zu dieser Zeit täglich um zehn Uhr morgens. Die Aktion begann vor dem Abflug während der Öffnungszeiten der Check-in-Schalter. Gewerkschaftsmitglieder erschienen in einer gewissen Frequenz nacheinander mit Gepäck am Check-in und baten die Air-France-Mitarbeiter in verschiedenen Sprachen, ihnen angeblich hinterlegte, tatsächlich nicht existierende Flugscheine auszuhändigen. Durch die wiederholten Anfragen, welche die Schalterbediensteten beschäftigt hielten sowie den Versuch der Airline-Angestellten, Übersetzung der fremdsprachigen Anfragen zu organisieren, deren Inhalt bis zur erfolgreichen Übersetzung häufig unklar geblieben war, verstrich erhebliche Zeit. Letztlich blieb die einzige Maschine der Fluggesellschaft nach Paris am Boden, da die Sprachverwirrung die rechtzeitige Abfertigung der Fluggäste verhinderte und eine Verlegung des Fluges auf einen späteren Abflugzeitpunkt mutmaßlich an der strengen Terminbindung der Startplätze und -zeiten, welche die Flughafenbetreiber den Fluggesellschaften zuweisen, scheiterte.

1. Rechtliche Würdigung

Vorliegend ist das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Fluggesellschaft betroffen. Die Aktion bedingt einen betriebsbezogenen Eingriff, welcher der arbeitskampfführenden Gewerkschaft auch zurechenbar ist und die Schwelle der sozialüblichen Belastungen überschreitet.

a) Verhältnismäßigkeit

Die Rechtswidrigkeit des Eingriffes kann vorliegend noch nicht aus einem evidenten Verstoß gegen die Parität abgeleitet werden. Maßgeblich für die Bewertung des Kampfmittels ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Die Aktion ist zur Einwirkung auf die Gegenseite im Tarifkonflikt mit dem Ziel eines zeitnahen, für die Beschäftigten vorteilhaften Tarifausschlusses geeignet und bei Berücksichtigung der Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft auch erforderlich. Der abstrakte Rang der betroffenen Rechtspositionen entspricht den oben bereits beschriebenen Flashmob-Konstellationen.

Der vorliegende Sachverhalt erlaubt keine Schlüsse über die Erkennbarkeit der Aktion als Arbeitskampfmaßnahme oder der teilnehmenden Personen als Gewerkschaftsaktivisten, dementsprechend ist auch die Praktikabilität von Abwehrmitteln etwa in der Form von Hausverweisen unbekannt. Hinsichtlich der üblicherweise bestehenden Abwehrmöglichkeit des betroffenen Unternehmens nach § 858 ff BGB ist vorliegend die Besonderheit zu beachten, dass eine Ausübung des Hausrechts durch die in Flughäfen übliche Nutzung von Räumlichkeiten der Flughafenbetreibergesellschaft eine zusätzliche Organisationsherausforderung bedeutet. Allerdings ist zur Ausübung des Hausrechts wohl auch die Fluggesellschaft selbst berechtigt bzw. kann im Rahmen ihres Vertrages mit der Flughafenbetreibergesellschaft entweder eine Übertragung entsprechender Kompetenzen oder eine zeitnahe und effektive Ausübung durch letztere verlangen.

b) Zusätzliche Wertungsgesichtspunkte der Flashmob-Aktion

Das Kerngeschäft von Fluggesellschaften ist die kommerzielle Personenbeförderung. Die Arbeitskampfmaßnahme betrifft mit der Passagierabfertigung den Kernbereich der gewerblichen Tätigkeit der betroffenen Air France. Die Aktion bedeutet eine plötzliche Störung des Betriebsablaufes. Die Beeinträchtigung des Betriebes erscheint mit Blick auf die Größe des betroffenen Unternehmens, sein großes Passagieraufkommen und den signifikanten Umsatz der Air France zugleich nicht als existenzielle Bedrohung. Zu den quantitativen Wertungsgesichtspunkten können die zeitliche Länge der zu beurteilenden Aktion und ihre Teilnehmerzahl zählen, beide Größen sind vorliegend allerdings unbekannt. Angesichts der erfolgreichen Verhinderung des Abfluges kommt der quantitativen Dimension vorliegend aber auch nur wenig Gewicht zu, weil die Kernaufgabe der gewerblichen Tätigkeit durch die Aktion erfolgreich unterbunden wurde. Die strenge Terminbindung der von der Air France angebotenen Luftbeförderungsdienstleistung gehört zu den qualitativen Besonderheiten der Aktion: Die effektive Vereitelung dieser Dienstleistung bedeutet einen Eingriff in eine Vielzahl von bestehenden, ihrerseits streng termingebundenen Luftbeförderungsverträgen, die in der vereinbarten Form nicht nachgeholt werden können. Die Arbeitskampfkation bedingt daher eine sehr intensive Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit der Air France. Es liegen keine Angaben über die entstandenen finanziellen Nachteile vor. Die von Air France geschuldete Luftbeförderungsleistung gegenüber ihren Kunden ist nach § 275 BGB a. F. erloschen⁵⁴⁹, so dass auch die synallagmatische Zahlungspflicht nach § 323 BGB a. F. entfallen ist. Kosten können der Fluggesellschaft gleichwohl in der administrativen Bearbeitung der Rückgewährung bereits geleisteter Zahlungen entstanden sein, wirtschaftliche

⁵⁴⁹ Vgl. die gleichlautende Haltung des BGH zu streikbedingten Flugausfällen nach aktuellem Recht: BGH 21.08.2012: BGHZ 194, 258.

Gewinne konnte Air France aus dem ausgefallen Flug nicht ziehen. Eine exakte monetäre Quantifizierung der Aktionsfolgen ist derweil nicht möglich.

2. Abwägung und Ergebnis

Das abstrakte Gewicht der Koalitionsfreiheit mitsamt der enthaltenen Kampfmittelfreiheit einerseits sowie dem ihr gegenüberstehenden Recht am Gewerbebetrieb als antagonistische rechtliche Standpunkte innerhalb der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wurde bereits oben dargelegt. Der Möglichkeit einer Verkürzung der Koalitionsbetätigungsfreiheit der Gewerkschaft bei einer gerichtlichen Sanktionierung der Aktion steht demnach eine Beeinträchtigung des Betriebsablaufes der Fluggesellschaft von erheblichem Gewicht gegenüber. Als Einzelgesichtspunkte der Wertung sind vorliegend die kurzfristige Erkennbarkeit der Aktion als Arbeitskampfmaßnahme und der teilnehmenden Personen als Gewerkschaftsaktivisten nicht aufklärbar, die Fähigkeit der Air France ihr Hausrecht wirkungsvoll einzusetzen ist daher unbekannt. Eine quantitative Betrachtung der Aktion ist angesichts des termingebundenen Charakters der betroffenen gewerblichen Tätigkeit wenig aussagekräftig, zugleich spricht im Rahmen der Qualität der Betriebsbeeinträchtigung vor allem die Intensität des Eingriffs in die bestehenden Vertragsbeziehungen zwischen der Fluggesellschaft und ihren Kunden im Hinblick auf das Ziel eines zeitnahen, vorteilhaften Tarifabschlusses für eine fehlende Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Zwar könnte auch ein klassischer Streik vergleichbare oder auch weitreichendere Folgen für die Passagierbeförderung der Airline zeitigen, ohne den Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu überschreiten. Angesichts der unklaren Verteidigungsmittel bei dem sehr intensiven Eingriff der Aktion in den Ablauf des wichtigen Bereichs der Kundenabfertigung der Airline erscheint allerdings der Spielraum zur Entfaltung ihrer Rechte aus Art. 9 III GG im Rahmen des Eingriffs in den Gewerbebetrieb als sehr schmal. Eine wechselseitige Einschränkung der widerstreitenden Rechtspositionen mit dem Ziel einer beiderseits ausreichenden Rechtsausübung ist bei der Verzögerung der Schalterabfertigung unter den dargestellten Umständen gerade nicht gegeben, so dass die Aktion sich als unzulässig darstellt. Der Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist demnach rechtswidrig.

IV. Besuch eines Kaffeehauses

Während der Dauer eines Arbeitskampfes der Gewerkschaft NGG gegen das Café Kranzler am Berliner Kurfürstendamm Mitte der 1990er Jahre entsandte die Gewerkschaft zur Durchführung einer Flashmob-artigen Aktion eine Anzahl von Mitgliedern in die Räumlichkeiten des Kaffeehauses. Die Aktionsteilnehmer ließen sich an freien Tischen nieder, bestellten jedoch je Tisch nur eine Flasche Mineralwasser. In der Folge waren die Sitzplätze in dem Kaffeehaus weitestgehend von Gewerkschaftsmitgliedern besetzt, die sich mit dem Konsum des erworbenen Mineralwassers viel Zeit ließen, so dass für einige Stunden der Kundenbetrieb nur sehr eingeschränkt möglich war.

1. Rechtliche Würdigung

Auch in diesem Fall wird in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des betroffenen Unternehmens durch einen betriebsbezogenen Eingriff, welcher der arbeitskampfführenden Gewerkschaft zurechenbar ist und die Schwelle der sozialüblichen Belastungen überschreitet, eingegriffen. Von der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Aktion zur Einwirkung auf den Gegner in der Tarifauseinandersetzung mit dem Ziel eines zeitnahen, für die Beschäftigten vorteilhaften Tarifabschlusses ist auszugehen. Eine evidente Verletzung der Parität durch die Besuchsaktion ist nicht von vornherein erkennbar, die Rechtmäßigkeitsprüfung stützt sich insofern wesentlich auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

a) Verhältnismäßigkeit

Von der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Kaffeehaus-Besuchs zur Erzielung eines zeitnahen, für die Beschäftigten vorteilhaften Tarifabschlusses ist nach der Einschätzung der aufrufenden Gewerkschaft auszugehen. Fraglich ist die Verhältnismäßigkeit der Aktion im engeren Sinne. Die Aktion war mutmaßlich nach kurzer Zeit als Arbeitskampffaktion erkennbar, entsprechend hätte der gezielte Ausspruch von Hausverweisen gegen die Aktionsteilnehmer nach § 858 ff. BGB ein probates Verteidigungsmittel dargestellt. Die Aktionsdauer von mehreren Stunden legt allerdings den Schluss nahe, dass von diesem Verteidigungsmittel nicht erfolgreich Gebrauch gemacht wurde. Beruht dieser Umstand auf einer Weigerung der Aktionsteilnehmer, dem Hausverweis Folge zu leisten, streitet dies lautstark für die Unzulässigkeit der Aktion, andernfalls besteht zunächst keine Indikation für eine Rechtswidrigkeit des Eingriffs.

b) Zusätzliche Wertungsgesichtspunkte der Flashmob-Aktion

Das Servieren von Speisen und Getränken bildet den Kernbereich der gewerblichen Tätigkeit des Cafés, die Aktion stellt insofern eine plötzliche, nicht existenzbedrohende Störung des Betriebes dar. Die Aktion dauerte mehrere Stunden, was für eine klassische Flashmob-Aktion mit dem Ziel der Servicestörung einen recht großen quantitativen Umfang darstellt. Die Aktion war auf die Belegung der bestehenden Tische gerichtet und verzögerte das Bedienen von Kunden. Bestehende Vertragsbeziehungen waren dagegen allenfalls in dem Maße betroffen, in dem Kunden, welche sich bereits vor Aktionsbeginn in dem Café aufhielten, vergleichsweise länger auf die Bedienung warten mussten. Die Aktion ähnelt der Aktion im Berliner Ostbahnhof insofern, als die gewerbliche Dienstleistung des betroffenen Betriebes zwar durch reguläre Kunden abrufbar ist, die Vielzahl der Aktionsteilnehmer, welche nur einen geringen Pro-Kopf-Umsatz erzeugen, die Tätigkeit der Angestellten aber stark bindet. Das Zusammentreffen der Aktion mit besonderen Stoßzeiten oder andere Besonderheiten wie etwa die Notwendigkeit besonders aufwendiger Arbeiten zur Folgenbeseitigung sind nicht ersichtlich. Die Eigenschaft des betroffenen Betriebs als gehobenes Gaststättengewerbe könnte die effektive und schnelle Nutzung der bestehenden Verteidigungsmittel nach § 858 ff. BGB begrenzen, weil ein aufsehererregendes Hinausbefördern der Aktionsteilnehmer, womöglich unter Hinzuziehung von Polizisten, die ruhige Atmosphäre, die Cafés der gehobenen Kategorie ihren Gästen üblicherweise bieten, stört. Andererseits stellt das BVerfG in seinem Urteil zum Verbot von Flugblattaktionen am Frankfurter Flughafen bereits fest, dass ein Verbot entsprechender Grundrechtsausübungen nicht auf den Wunsch gestützt werden könne

„eine Wohlfühlatmosphäre in einer reinen Welt des Konsums zu schaffen, die von politischen Diskussionen und gesellschaftlichen Auseinandersetzungen frei bleibt. Ein vom Elend der Welt unbeschwertes Gemüt des Bürgers ist kein Belang, zu dessen Schutz der Staat Grundrechtspositionen einschränken darf“⁵⁵⁰.

Diese Betrachtungsweise hat auch für Arbeitskampffaktionen Gültigkeit, zugleich darf sie bei der Analyse von Flashmob-Aktionen nicht den Ausschluss von Erwägungen bedingen, die bei der Bewertung der Qualität von Betriebsstörungen auch Imageerwägungen und Kundeneindrücke miteinbeziehen. Vielmehr ist die Qualität von Betriebsstörung ein stufenloser, offener Wertungsgesichtspunkt. Informationen über den finanziellen Bruttonachteil des Café Kranzler infolge der Aktion sind nicht bekannt, umfasst aber wohl im Wesentlichen die Differenz zwischen dem Umsatz durch Mineralwasserkonsum der Aktionsteilnehmer und dem Umsatz in der entsprechenden Zeitspanne eines gewöhnlichen Betriebstags. Das Café war zum Zeitpunkt der Aktion ein Traditionsbetrieb der gehobenen Kategorie, entsprechend dürfte sich die Umsatzdifferenz mutmaßlich merklich gewesen sein, ohne die

⁵⁵⁰ BVerfG 22.02.2011: BVerfGE 128, 226 mit Bezug auf BVerfG 12.12.2000: BVerfGE 102 347, 364.

Dimension drei- oder gar vierstelliger Eurosummen zu erreichen. Ein zuverlässiges Urteil zu diesem Aspekt ist angesichts der fehlenden Informationen vorliegend nicht möglich.

2. Abwägung und Ergebnis

Die Bedeutung der sich gegenüberstehenden Rechtspositionen aus Art. 9 III GG und dem Recht am Gewerbebetrieb wurde oben dargelegt. Eine Verkürzung der Koalitionsfreiheit ist angesichts der Kampfmittelfreiheit und der Staatsferne des Tarifprozesses ihrerseits rechtfertigungsbedürftig. Das Recht am Gewerbebetrieb wird durch die Aktion in erheblicher Weise verkürzt, zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit ist eine Abwägung erforderlich, die sich an wenigen Gesichtspunkten orientiert: Während von der Erkennbarkeit der Aktion als Arbeitskampfmaßnahme auszugehen ist und Verteidigungsmittel nach § 858 ff BGB bestehen, sind hinsichtlich der weiteren vorgeschlagenen Prüfungsgesichtspunkte vor allem quantitativ die mehrstündige Länge der Aktion und qualitativ allenfalls eine milde Erschwerung der Verteidigungsmöglichkeiten aus Imagegründen zu beachten. Die störende Unruhe infolge der Aussprache von Hausverweisen erscheint nach obigen Erwägungen gleichwohl nicht als so erdrückend, als dass ein Hinauskomplimentieren der Aktionsteilnehmer schlechthin unmöglich wäre. Die finanzielle Belastung setzt ebenfalls kein entscheidendes Argument für die Unverhältnismäßigkeit des Kaffeehaus-Besuchs im engeren Sinne. Letztlich erscheint die Aktion zur Einwirkung auf die Gegenseite zum Zweck eines zeitnahen, für die Beschäftigten vorteilhaften Tarifabschlusses daher geeignet, erforderlich und angemessen. Der Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb des Café Kranzlers ist rechtmäßig. Lediglich in Anbetracht der besonderen zeitlichen Länge der Aktion erscheint auch ein anderes Ergebnis vertretbar.

V. Flashmob-Konstellationen und ihre Bewertung: Fazit

Die Bewertung der vier exemplarischen Arbeitskampfkonstellationen auf ihre Paritätsrelevanz legt die Validität der ergänzenden Prüfungsgesichtspunkte bezogen auf die Erreichung von Abwägungsentscheidungen von hoher Vorhersehbarkeit und Akzeptanz nahe.

Weil Arbeitskampfsituationen nur sehr beschränkt typisierbar sind, ist die argumentative Ausfüllung der vier Prüfungsgesichtspunkte in hohem Maße dem Rechtsanwender überlassen. Bei der auf die Prüfungspunkte gestützten Rechtsanwendung sind die Eigenheiten des betroffenen Betriebes und des laufenden Arbeitskampfes mit einzubeziehen. Dabei können auch wirtschafts- sowie sozialwissenschaftliche Argumente, etwa im Hinblick auf wirtschaftliche Arbeitskampffolgen und den strategischen Hintergrund eines konkreten Arbeitskampfmiteinsatzes, miteinbezogen werden.

Kap. 9 Flashmob-Aktionen im Arbeitsgerichtsprozess

I. Arbeitsgerichtliche Zuständigkeit für Fragen des Besitzschutzes im Arbeitskampf

Löwisch betont zutreffend, dass das BAG sich mit seinem Verweis auf die Rechte des Arbeitgebers und Betriebsinhabers aus §§ 858 ff und 903, 1004 BGB im Urteil zum Berliner Flashmob nicht in Widerspruch zu seiner bisherigen Sicht auf das „Verhältnis des Grundsatzes der Kampfmittelfreiheit zu den allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Verbotstatbeständen“⁵⁵¹ setzt. Über den strafrechtlichen Eigentumsschutz im Arbeitskampf muss deshalb nicht gestritten werden. Im Gegensatz zur Ansicht Löwischs ist allerdings festzustellen, dass die Existenz von sachenrechtlichen Besitzwehrtatbeständen in einem schwerpunktmäßig arbeitskampfrechtlichen Rechtsstreit keine Zuständigkeit der Zivilgerichte begründen kann. Die seit langer Zeit weitgehend unumstrittene Auslegung des § 2 I Nr. 2 ArbGG durch das BAG, nach der

„alle Rechtsstreitigkeiten aus der Beteiligung der Koalitionen am Arbeitskampf und aus ihrer Betätigung am Arbeitsleben, deren Zulässigkeit und Rechtmäßigkeit umstritten ist“,

unter die Norm fallen und daher den Arbeitsgerichten zugewiesen sind, ist nicht in Frage zu stellen. Die Sachnähe dieser Streitigkeiten zum Arbeitskampf können im Fall des Flashmobs als augenfällig gelten⁵⁵², ihre Behandlung durch die Arbeitsgerichte erlaubt eine zügigere und sachnähere gerichtliche Behandlung der Flashmob-Fälle, zumal eine außergewöhnliche Komplexität der spezifisch sachenrechtlichen Fragestellungen nicht zu erwarten ist. Die von Löwisch und Beck vertretene Einräumung einer Wahlmöglichkeit des Klägers, sein Begehren auf Unterlassung der Besitzstörung entweder vor den Arbeitsgerichten oder den Zivilgerichten zu verfolgen⁵⁵³, erscheint problematisch: In der häufig wegen fehlender Vorhersehbarkeit kritisierten Rechtsprechung zum Arbeitskampf erscheint die Befassung zweier unterschiedlicher Gerichtszüge mit dem spezifischen Problemkreis der atypischen Arbeitskampfmittel als kontraproduktiv.

Löwischs und Becks Standpunkt beruht dabei auf einem Vorlagebeschluss des BGH zum Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes: Anlässlich der Anfechtungsklage eines Insolvenzverwalters gegen einen ehemaligen Angestellten des Unternehmens hielt der BGH nach der Maßgabe der Allzuständigkeit der bürgerlichen Gerichte gemäß § 13 GVG die Zivilgerichte für zuständig. Die Regeln des Insolvenzrechts seien einschlägig, weil der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch des Insolvenzrechts zu den zugrundeliegenden Rechtsverhältnissen wesensverschieden sei⁵⁵⁴ und insbesondere keine Spiegelung arbeitsrechtlicher Ansprüche darstelle. Anhand dieser Rechtsprechung halten Löwisch und Beck eine Zuweisung von Streitigkeiten zwischen Arbeitskampfbeteiligten mit Besitzschutzbelangen an die Zivilgerichte für denkbar, weil zwar nicht das Insolvenz- dafür aber das Sachenrecht die Anspruchsgrundlage stelle. Dabei nivelliert Löwischs und Becks Vergleich jedoch

⁵⁵¹ Löwisch, NZA 2010, S. 209, 210.

⁵⁵² So die h.M., siehe: Otto, § 19, Rn. 3, S. 410.

⁵⁵³ So Löwisch, Beck, NZA 2010, S. 858, 859.

⁵⁵⁴ BGH 02.04.2009: NJW 2009, S. 1968.

die erheblichen Differenzen zwischen dem Insolvenzrecht und dem Sachenrecht in ihrer jeweiligen Wirkung auf Rechtswegzuweisungen:

Das Insolvenzrecht ist von besonderen Ordnungsvorstellungen geprägt, welche der spezifischen Situation der Zahlungsunfähigkeit eines Rechtssubjektes, vorrangig zum Schutz der Gläubiger, gerecht werden. Diese Ordnungsvorstellungen materialisieren sich nach dem BGH u.a. in dem bürgerlich-rechtlichen Anfechtungsanspruch, der nach § 129 ff. InsO alle Gläubiger dem Insolvenzrecht unterordnet⁵⁵⁵ und dabei allgemeine Normierungen aus anderen Rechtsgebieten verdrängt. Mit Blick auf die zu beachtenden Wertungen des Insolvenzrechts und die vergleichsweise geringen Implikationen mit materiell-arbeitsrechtlichen Fragen erscheint die Zuständigkeit der Zivilgerichte in dem von Löwisch und Beck zitierten Vorlagebeschluss des BGHs zumindest nicht abwegig.

Das Sachenrecht verfügt hingegen nicht über Ordnungsvorstellungen, die eine allgemeine Verdrängung anderweitiger Spezialnormierungen, etwa aus dem Schuldrecht, dem Arbeitsrecht, dem Handels-, Sozialversicherungs- oder Steuer- und Abgabenrecht⁵⁵⁶, mitsamt entsprechender Rechtswegzuweisungen wie jene des § 2 I Nr. 2 ArbGG rechtfertigen würden. In Rechtsstreitigkeiten um Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf spielen Eigentums- und Besitzschutzbelange zwar eine Rolle. Sie stellen jedoch keineswegs einen Schwerpunkt solcher Rechtsstreitigkeiten dar und werfen insbesondere keine besonderen sachenrechtlichen Grenz- oder Wertungsfragen auf, die eine Bearbeitung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit sachnah erscheinen ließen.

Die bestehenden Grenz- oder Wertungsfragen von Flashmobs als Arbeitskampfmittel entstammen vielmehr regelmäßig dem richterlich geprägten, an der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie orientierten Arbeitskampfrecht, das sich der oben skizzierten arbeits- und verfassungsrechtlichen Rechtsfiguren bedient. Dabei ist bekanntlich als besondere „Ordnungsvorstellung“ der Tarifautonomie der angestrebte Ausgleich des zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bestehenden Machtgefälle⁵⁵⁷, welcher sich im Arbeitsrecht durch vielseitige betriebsverfassungs- und tarifvertragsrechtliche Normierungen und eine umfassende Rechtsprechung niederschlägt, zu beachten. Dementsprechend ist im Falle atypischer Arbeitskampfmittel der Interpretation des BAG und der h.M. zur Auslegung des § 2 I Nr. 2 ArbGG zu folgen.

Das von Löwisch und Beck entwickelte Szenario, nach dem Sympathisanten der Arbeitgeberseite gewerkschaftliche Flashmob-Aktivistinnen am Betreten des Betriebes hindern könnten, so dass keine Tarifparteien nach § 2 I Nr. 2 ArbGG am Rechtsstreit beteiligt wären und die Norm keine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte begründen könnte, erscheint realitätsfremd: Arbeitgeber haben an Arbeitskampfschauplätzen regelmäßig keine ideell motivierten „Sympathisanten“ in nennenswerter Zahl, sondern bezahlte Angestellte bzw. beauftragte Dritte zur Wahrnehmung ihrer Interessen. Wenn Flashmobs mit Gegenwehr beantwortet werden, sind daher also nicht nur eine, sondern zwei Tarifparteien beteiligt. Einer Subsumtion unter § 2 I Nr. 2 ArbGG steht dementsprechend nichts entgegen.

II. Unterlassungsbegehren gegen Flashmobs

Der Besitzschutz von Betriebsinhabern wird im Fall von Flashmobs üblicherweise die Form von Hausverweisen und Hausverboten annehmen. Diese Reaktion der Arbeitgeberseite hat das BAG als Antwortmöglichkeit auf den Flashmob vorgeschlagen, was in der Literatur teilweise auf Ablehnung gestoßen ist⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ So BGH 02.04.2009: NJW 2009, S. 1968.

⁵⁵⁶ Vgl. zum Insolvenzrecht: BGH 02.04.2009: NJW 2009, S. 1968.

⁵⁵⁷ BVerfG 26.06.1991: BVerfGE 84, 212, 229; BVerfG 04.07.1995: BVerfGE 92, 365, 395; Gamillscheg, § 1, S. 3 f. mit zahlreichen Nachweisen.

⁵⁵⁸ Siehe stellvertretend: Säcker, NJW 2010, S. 1115, 1116, 1117.

Ist ein Betrieb wie der Supermarkt am Berliner Ostbahnhof von einem Flashmob betroffen, sind Unternehmensverantwortliche in der Lage, gegenüber den Flashmob-Aktivistinnen Hausverweise auszusprechen. Bei Nichtbefolgung entstehen ggf. Schadensersatzforderungen der Betriebsinhaber aus § 823 BGB iVm. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie aus § 826 BGB gegen die initiiierende Gewerkschaft und die Flashmob-Aktivistinnen, soweit der Schadensnachweis gelingt. Beteiligte Gewerkschaftsmitglieder können in diesem Fall unter Umständen auch wegen Hausfriedensbruchs nach § 123 Abs. 1 StGB haftbar sein. Dem zeitlich und zweckorientiert eingegrenzten Einsatz dieser Form des Besitzschutzes als Abwehrmittel gegen Flashmobs stehen demnach keine entscheidenden Hindernisse entgegen.

1. Vorbeugender Rechtsschutz gegen Flashmobs im Arbeitskampf

Die von Löwisch dargelegte Idee, Unterlassungsbegehren gegen Flashmob-Aktivitäten in Form von Hausverboten auch vorbeugend auszusprechen⁵⁵⁹, erscheint hingegen aus mehreren Gründen fragwürdig: Löwisch schlägt vor, eine typisierte Beschreibung des aus dem Berliner Ostbahnhof bekannten Flashmobs zum Gegenstand eines vorbeugenden Unterlassungsantrags zu machen.

Selbst bei hinreichender Bestimmtheit des Antrags aufgrund von detaillierter Kenntnis des Betriebsinhabers über Zeit, Ort und hinreichend präzise beschreibbarer Art der geplanten Flashmob-Aktion ist das Rechtsschutzinteresse für den Antrag zweifelhaft: Ein berechtigtes Interesse des Antragstellers, nicht von rechtlich zulässigen Arbeitskampfmaßnahmen einer Gewerkschaft betroffen zu werden, ist wohl nur in Härtefällen anzunehmen. Diese Grenzfrage des Einsatzes atypischer Mittel im Arbeitskampf muss unter wertender Beachtung des Gebotes der Kampfmittelfreiheit der Koalitionen aus Art. 9 III GG beantwortet werden, das der Möglichkeit einer rechtsverbindlichen, vorbeugenden Unterlassungsverpflichtung gegen Flashmob-Aktionen grundsätzlich zuwiderläuft. Ein verfassungsrechtlich zulässiges atypisches Arbeitskampfmittel kann nicht ohne Umstände durch vorbeugenden Rechtsschutz untersagt werden, ebenso wie das Streikrecht nicht durch individual-arbeitsrechtliche Klauseln abbedungen werden kann. Aus diesem Grund ist auch die Möglichkeit eines vorbeugenden Unterlassungsantrags abzulehnen: Ein Rechtsschutzinteresse etwaiger Antragsteller besteht nicht.

Im Gegensatz zu dem von Löwisch zum Vergleich herangezogenen Verteilen von Werbewurfsendungen und dem nicht genehmigten Fotografieren in Geschäftsräumen⁵⁶⁰ stellen Besitzstörungen durch Flashmob-Aktionen eine verfassungsrechtlich zulässige Ausübung der Arbeitskampffreiheit aus Art. 9 III GG dar. Werbewurfsendungen und nicht genehmigtes Fotografieren in Geschäftsräumen von Konkurrenten ist hingegen lediglich Ausdruck der Berufsfreiheit bzw. der allgemeinen Handlungsfreiheit, deren Schutzbereich notwendigerweise dort endet, wo schützenswerte Interessen von Betriebsinhabern und Privatpersonen beginnen, nicht durch Werbung belästigt und fotografisch ausgeforscht zu werden. Betriebsgeheimnisse sind selbstredend auch im Arbeitskampf zu wahren, allerdings ist nicht jede prozessuale Folge der zivilrechtlichen Absolutheit des Eigentums auf Arbeitskämpfe übertragbar. Anknüpfungspunkt entsprechender Unterlassungsanträge gegen zulässige Arbeitskampfmittel wäre ohnehin nicht das Eigentum, sondern das Recht am Gewerbebetrieb. Diesbezüglich ist nach der jeweiligen Schwere der Belästigung zu fragen und vorbeugender Rechtsschutz lediglich in Fallkonstellationen zu gewähren, in denen die Verhandlungsparität in zweifelsfrei erkennbarer Weise stört und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im engeren Sinne in mehreren Gesichtspunkten klar überdehnt wird. Die für den Tatbestand des Eingriffes in das Recht am Gewerbebetrieb notwendige Überschreitung der Schwelle bloßer Belästigungen oder sozialüblicher Behinderungen reichen hingegen noch nicht aus. Ein vorbeugender Unterlassungsantrag auch in weniger eindeutigen bzw. Grenzfällen kompromittiert die in der Tarifautonomie nach Art. 9 III GG angelegte Staatsferne des Arbeitskampfes.

⁵⁵⁹ Löwisch, NZA 2010, S. 209, 210.

⁵⁶⁰ Löwisch, NZA 2010, S. 209, 210.

2. Globalanträge gegen Flashmob-Aktionen am Beispiel der Flashmob-Aktion am Berliner Ostbahnhof

Der vom BAG zurückgewiesene Unterlassungsantrag des Arbeitgeberverbandes Berlin-Brandenburg ist in mehrfacher Hinsicht auslegungsbedürftig und zeichnet sich durch eine Weite aus, die auch bei einem Erfolg des Antrags einer Präzisierung für eine Anwendung auf zukünftige Flashmob-Aktionen bedurft hätte. Andernfalls bliebe bis zum Vollstreckungsverfahren offen, welche genauen Charakteristika einer zukünftigen Flashmob-Aktion diese mit der bereits entschiedenen Aktion „vergleichbar“ machen und einen Verstoß gegen das rechtskräftige Unterlassungsurteil bedingen.

Das BAG urteilt entsprechend, dass keine „generelle“ Unterlassung des Aufrufs zu der im Antrag beschriebenen Art verlangt werden kann⁵⁶¹ bzw. dass der Kläger von der Beklagten nicht verlangen könne, künftig „jegliche“ Aufrufe zu streikbegleitenden „Flashmob-Aktionen“ der im Antrag beschriebenen Art zu unterlassen, weil derartige Aktionen nicht „generell“ rechtswidrig seien⁵⁶² und auch weder „generell“ sittenwidrige Schädigungen bedingen noch „typischerweise“ Strafbestände verwirklichen⁵⁶³. Somit erscheint fraglich, ob und wenn welche Inhalte von weit formulierten „Globalanträgen“ auf Unterlassung gegen Flashmob-Aktionen der Rechtskraft durch arbeitsgerichtlichen Spruch fähig sind. Im Kern der Antwort auf diese Frage steht die sachliche Grenze der Rechtskraft von Unterlassungsentscheidungen, welche durch die Bestimmtheit des Antrags und des Tenors iSv. § 253 II Nr. 2 ZPO, der materiellen Begründetheit des Anspruchs sowie der Auslegungsgrenzen im Vollstreckungsverfahren bestimmt wird.

a) Bestimmtheit der Anträge des Arbeitgeberverbandes Berlin- Brandenburg gegen Flashmob-Aktionen

Globalanträge erfassen eine Vielzahl möglicher zukünftiger Fallgestalten. Dieser Umstand schränkt noch nicht ihre Bestimmtheit ein, die Berechtigung des jeweiligen Antrags hinsichtlich der möglichen zukünftigen Konstellationen ist eine Frage der Begründetheit⁵⁶⁴. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist ein Globalantrag, der eine Vielzahl von Fallkonstellationen erfasst, insgesamt als unbegründet abzuweisen, wenn sich darunter auch Konstellationen befinden, in denen sich der Antrag als unbegründet erweist⁵⁶⁵. Gründe zum Abweichen von dieser Rechtsprechungspraxis erkennt das BAG nur, wenn sich der Antrag auf

„voneinander zu trennende und gegeneinander klar abgrenzbare Sachverhalte bezieht und der begründete Teil schon dem Antrag selbst als Teilziel des Verfahrens zu entnehmen ist“⁵⁶⁶.

Der Arbeitgeberverband Berlin-Brandenburg begehrte in seinem Revisionsantrag, der Beklagten den Aufruf zu weiteren „derartigen“ Flashmob-Aktionen zu untersagen. Er hat die Auffassung vertreten, durch solche Aktionen werde rechtswidrig in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb seiner Mitgliedsunternehmen eingegriffen. Außerdem handele es sich um vorsätzliche und sittenwidrige Schädigungen iSv. § 826 BGB, die mit Nötigung, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch verbunden seien. Derartige Aktionen unterfielen nicht dem Schutz des Art. 9 III GG. Sie seien mit Betriebsblockaden und Betriebsbesetzungen vergleichbar und kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel. Zur Herstellung von Verhandlungsparität seien sie nicht erforderlich.⁵⁶⁷

⁵⁶¹ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 145.

⁵⁶² BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 145.

⁵⁶³ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 160.

⁵⁶⁴ BAG 16.11.2004: BAGE 112, 341, 348.

⁵⁶⁵ BAG 28.02.2006: BAGE 117, 137, B, 2 a) mit Bezug BAG 23.05.1994, C I: BAGE 76, 364.

⁵⁶⁶ BAG 28.02.2006: BAGE 117, 137, B, 2 a) mit Rückbezug auf BAG 06.12.1994, B II 2: BAGE 78, 379 sowie BAG 19.07.1995, B II 3: BAGE 80, 296.

⁵⁶⁷ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 141.

Genauer beantragte die Klägerin die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung durch das Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft an ihrem jeweiligen gesetzlichen Vertreter zu vollziehen ist, zu unterlassen, durch Flugblatt oder auf sonstige Weise, Mitglieder der Beklagten oder andere Personen dazu aufzurufen, zu mehreren Personen eine bestreikte Filiale eines Mitgliedsunternehmens des Klägers gezielt aufzusuchen, um dort entweder mit vielen Menschen zur gleichen Zeit einen Pfennig-Artikel zu kaufen und so für längere Zeit den Kassenbereich zu blockieren oder mit vielen Menschen zur gleichen Zeit Einkaufswagen mit dem Ziel voll zu packen, diese dann an der Kasse oder anderswo in den Filialräumen stehen zu lassen⁵⁶⁸.

b) Bestimmtheit von Unterlassungsantrag und -tenor

Die BGH-Rechtsprechung erkennt in Anknüpfung an die reichsgerichtliche Rechtsprechung als Gegenstand eines Unterlassungsurteils in der Regel nur diejenigen Zuwiderhandlungen an, die tatsächlich stattgefunden haben, wobei sich der Antrag auf die konkrete Verletzungshandlung beziehen muss⁵⁶⁹. Grosch sieht hinter diesem Ansatz des BGH die Vorstellung, dass bei einer wortwörtlich verstandenen identischen Wiederholung der vom Beklagten begangenen Handlung dem Kläger wenigstens ein auf diese genaue Handlung begrenzter Unterlassungsanspruch zugestanden werden muss, soweit er materiell berechtigt ist. Er bezeichnet diese Konstellation, die keinerlei Auslegungsbedarf im Vollstreckungsverfahren erzeugt, als Minimalprogramm⁵⁷⁰.

Eine identische Wiederholung der vom Arbeitgeberverband Berlin-Brandenburg gerügten Verhaltensweisen im Rahmen der Flashmob-Aktion erscheint auch abgesehen von der allgemein geltenden Singularität und Nichtwiederholbarkeit von Ereignissen im Zeitverlauf hier auch deshalb als unmöglich, weil die Flashmobaktion, typisch für diese Arbeitskampfform, in einem spezifischen Arbeitskampfkontext stand und durch das zwar koordinierte aber gleichwohl individuelle Verhalten der Teilnehmer an dem spezifischen Austragungsort der Aktion mitgeträgt wurde.

Unterlassungsanträge, die über das Minimalprogramm hinausgehen, sind zunächst am Bestimmtheitserfordernis des § 253 II Nr. 2 ZPO zu messen, der etwa auslegungsbedürftige Begriffe nur in bestimmten Fällen vorsieht⁵⁷¹. Der Arbeitgeberverband Berlin-Brandenburg präzierte beispielsweise auf Nachfrage des Gerichts den im Unterlassungsantrag enthaltenen Begriff des „Aufrufs“ in hinreichender Form, so dass eine Auslegung des Begriffs nach Ansicht des BAG trennscharf gelingen kann. Ein wesentlicher prozessualer Zweck des Bestimmtheitserfordernisses ist die Vermeidung der Verlagerung von Prüfungen über das Vorliegen der Voraussetzungen des Unterlassungsantrags aus dem Erkenntnis- in das Vollstreckungsverfahren⁵⁷². Der Beklagte soll eine präzise Vorstellung von den gerügten Verhaltensweisen erlangen können und sich im Erkenntnisverfahren entsprechend verteidigen können⁵⁷³.

Im Fall des Flashmobs am Berliner Ostbahnhof sah der erste Senat den Unterlassungsantrag als hinreichend bestimmt iSv. § 253 II Nr. 2 ZPO an, erkannte aber abgesehen von dem erwähnten Begriff des „Aufrufs“ auch Auslegungsbedarf bei anderen Teilaspekten des Antrags. Eine deutlich erkennbare Absicht des Antrages sei es, jegliche Form von Aufrufen, sowohl an Mitglieder der Beklagten als auch an Dritte mit dem Antrag zu umfassen. Weiterhin sei erkennbar, dass es in dem Antrag um Aktionen gehen soll, die zu einem gegen ein Mitgliedsunternehmen der Klägerin geführten Streik hinzutreten. Auch sei die Absicht deutlich, nur solche Aktionen zu untersagen, die unter der Beteiligung einer beachtlichen Anzahl von Personen durchgeführt werden. Die fehlende Angabe einer

⁵⁶⁸ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 142.

⁵⁶⁹ Grosch, S. 67; BGH 26.02.1960: GRUR 1960, 384, 385; BGH 16.01.1992: GRUR 1992, 318, 319.

⁵⁷⁰ Grosch, S. 67.

⁵⁷¹ Zöller/Greger, § 253, Rn. 13b.

⁵⁷² Siehe etwa: BGH 11.10.1990: NJW 1991 S. 1114, 1115.

⁵⁷³ Zöller/Greger, § 253, Rn. 13 B; BGH NJW 2000, 1792.

Mindestpersonenanzahl sei nach Aussage des ersten Senats unschädlich, weil deutlich würde, dass es sich um eine „beachtliche“ Personenanzahl handeln müsse, eine entsprechende Beurteilung könne im Ordnungsmittelverfahren erfolgen. Rechtsstaatliche Bededenken ergäben sich insofern keine⁵⁷⁴.

Nicht bestimmt sei demgegenüber die zeitliche Dauer der gerügten Aktion, weil im Unterlassungsantrag weder eine Mindest- noch eine Höchstdauer zu untersagender Aktionen umschrieben sei. Der Antrag umfasse entsprechend Aktionen von kürzerer wie auch von längerer Dauer. Der erste Senat konstatiert zusammenfassend, dass der Beklagten jeglicher Aufruf zu Aktionen der streitbefangenen Art unabhängig von ihrer konkreten Durchführung untersagt werden soll⁵⁷⁵.

Der Unterlassungsantrag des Arbeitgeberverbands Berlin-Brandenburg ist demnach hinreichend bestimmt iSd. § 253 II Nr. 2 ZPO, hält den umschriebenen Sachverhalt insbesondere hinsichtlich der betroffenen Betriebe, der Form des Aufrufs, der Teilnehmeranzahl und der zeitlichen Dauer aber sehr allgemein.

c) **Materielle Begründetheit des Anspruches und vollstreckungsrechtliche Kernbereichslehre**

Der erste Senat des BAG ging in seiner Entscheidung davon aus, dass die streitbefangenen Aktionen zwar regelmäßig Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des betroffenen Betriebsinhabers darstellten. Gleichwohl sei aber eine Rechtswidrigkeit ebenso wie vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen und die Verwirklichung von Straftatbeständen durch vergleichbare Aktionen nicht generell anzunehmen. Die fehlende materielle Begründetheit des Unterlassungsantrags verhindert hier eine Heranziehung der Urteilsbegründung zur positiven Präzisierung auslegungsbedürftiger Elemente des Antrags, so dass die Frage welche zukünftigen Flashmob-Aktionen aus welchen Gründen vergleichbar sind, zunächst offen bleibt. Auch eine negative Bestimmung derjenigen Flashmob-Aktionsmerkmale, die nach dem Antrag des Klägers den normativen Kern des Unterlassungsurteils bilden sollen, erscheint nicht möglich. Die Revisionsentscheidung des BAG enthält sich der inhaltlichen Bewertung einzelner Teilaspekte der streitgegenständlichen Flashmob-Aktion.

Kläger laufen mit der Nutzung weit formulierter Unterlassungsanträge Gefahr, dass ihre Anträge Sachverhalte umfassen, für deren reales Eintreten keine Gefahr indiziert ist bzw. deren Eintreten keine mit dem jeweiligen Ursprungsfall vergleichbare Rechtsgutsverletzung darstellt, so dass die Klagen jeweils als teilweise oder vollumfänglich unbegründet abgewiesen werden müssen⁵⁷⁶.

Die inhaltlichen Grenzen der Antragsformulierung werden nach überwiegender Ansicht durch die Kernbereichslehre zur Auslegung von Unterlassungsbegehren aufgezeigt, die eine Wiederholungsgefahr für solche Handlungen annimmt, die charakteristische Eigenschaften der ursprünglichen Verletzungshandlung teilen⁵⁷⁷. Die BGH-Rechtsprechung stellt dabei seit den 1950er Jahre klar, dass zur Verhinderung einer Umgehung von Unterlassungsurteilen, etwa durch leichte Abwandlungen der sanktionierten Handlungen durch die Adressaten des Verbots, eine Auslegung des Vollstreckungstitels durch das Vollstreckungsgerichts zulässig ist⁵⁷⁸. Grosch schließt aus dieser titelerweiternden Auslegungsmöglichkeit im Vollstreckungsverfahren, dass dem Kläger auch ein materieller Anspruch auf die ausdrückliche Formulierung der Verbotsnorm im Urteilstenor zuzugestehen sei⁵⁷⁹. Gegenstand des Unterlassungsanspruches sei nicht der einmalige, regelmäßig nicht identisch wiederholbare geschichtliche Vorgang der Verletzungshandlung, sondern vielmehr ein beschreibbarer hypothetischer

⁵⁷⁴ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 144.

⁵⁷⁵ BAG 22.09.2009: BAGE 132, 140, 144, Rn. 13.

⁵⁷⁶ BGH NJW 1999, 1332, 1334; 1999, 2193; Zöller, § 253, Rn. 13B; Grosch, S. 69 mit Hinweis auf BGH 15.3.1984, GRUR 1984, 593, 594; vgl. oben: S. 107, b).

⁵⁷⁷ Grosch, S. 70.

⁵⁷⁸ Grosch, S. 70 mit Rückbezug auf BGHZ 5, 189, 193.

⁵⁷⁹ Grosch, S. 71 mit Rückbezug auf BGHZ 5, 189, 193.

Sachverhalt, der einer erschöpfenden Beschreibung unzugänglich ist. Grosch schließt daraus im Rückgriff auf Larenz sowie Finkentscher, dass der notwendigerweise hypothetische Sachverhalt einer zu unterlassenden Handlung erst durch die Isolierung rechtserheblicher Merkmale gegenüber der unendlichen Vielzahl möglicher Handlungskonstellationen hinreichende Schärfe gewinnt, um daraus eine konkrete Fallnorm bzw. einen rechtlichen Entscheidungssatz erarbeiten zu können⁵⁸⁰. Grosch ist in seiner Forderung nach der Isolierung rechtserheblicher Merkmale im Sinne eines konkretisierten Entscheidungssatzes auch für Unterlassungsentscheidungen zu Flashmob-Aktionen vollumfänglich zuzustimmen.

Eine Erkenntnis, deren Konsequenzen im Rahmen dieser Bearbeitung nicht vertieft werden können, ist der Umstand dass Unterlassungsurteile nach obiger Analyse strukturell entscheidend von den Rechtsfolgenfeststellungen retrospektiver Rechtsprechung abweichen und anders als diese deshalb auch nicht durch Subsumtionsschluss in materieller Rechtskraft erwachsen können⁵⁸¹.

d) Globalanträge auf Unterlassung gegen Flashmob- Aktionen: Fazit

Die weite Fassung von Unterlassungsanträge gegen Flashmob-Aktionen bildet keinen Verstoß gegen § 253 II Nr. 2 ZPO. Weil allerdings die rechtserheblichen Charakteristika der gerügten Verhaltensweisen nicht vollumfänglich aus dem Antrag zu entnehmen sind, besteht die Gefahr, dass auch Handlungskonstellation von dem Antrag erfasst werden, die geringere oder überhaupt keine Eingriffe in die Rechte des Arbeitgeberverbandes befürchten lassen. Zur Präzisierung bestehender Unklarheiten ist der Antrag im Erkenntnisverfahren auszulegen, so dass die rechtserheblichen Momente aus dem Tenor und der Urteilsbegründung zu entnehmen sind.

Das Rechtsstaatsprinzip verlangt nach einer deutlichen Eingrenzung derjenigen Handlungen, die von Unterlassungstiteln gegen Flashmob-Aktionen umfasst sind. Diesbezüglich ist die Vermeidung von erheblichem Auslegungsaufwand im Vollstreckungsverfahren nur durch die Identifikation von rechtserheblichen Kriterien im Erkenntnisverfahren zu erreichen. Dementsprechend sind zivilprozessual rechtmäßige Unterlassungsurteile gegen Flashmob-Aktionen nur zu erlangen, wenn durch die Erschließung von Fallgruppen charakteristische Merkmale von Flashmob-Aktion ggf. für unterschiedliche Einsatzorte und -branchen isoliert werden können. Die Identifikation bestimmter beschreibender Merkmale von Flashmob-Aktionen ist dabei zunächst von rein prozessualem Wert, eine Argument für oder wider die Zulässigkeit bestimmter Flashmob-Aktionen vermögen sie, anders als die oben beschriebenen Wertungsgesichtspunkte⁵⁸², wohl regelmäßig nicht zu liefern.

III. Flashmob-Aktionen im Arbeitsgerichtsprozess: Fazit

Die von Löwisch ins Gespräch gebrachte Zuständigkeit der einfachen Zivilgerichtsbarkeit für Klagen gegen Flashmob-Aktionen kann argumentativ nicht überzeugen und findet auch keine positivrechtliche Stütze. Der ebenfalls von Löwisch propagierten Möglichkeit des vorbeugenden Rechtsschutzes stehen vor allem das regelmäßig fehlende Rechtsschutzinteresse sowie die fehlende Bestimmbarkeit entsprechender Anträge entgegen.

Die weite Formulierung von Unterlassungsanträgen gegen Flashmob-Aktionen als Globalanträge beeinträchtigt ihre Bestimmtheit iSv. § 253 II Nr. 2 ZPO, hebt sie aber nicht auf weil die erkenntnis-

⁵⁸⁰ Grosch, S. 73, 74.

⁵⁸¹ Das deutet auf die Notwendigkeit hin, die Bindungswirkung von Unterlassungsurteilen anderweitig zu begründen. Grosch schlägt insofern eine rechtskraftfremde Präklusion vor, welche in zeitlicher Hinsicht von § 323 ZPO umgrenzt werden kann, vgl.: Grosch, S. 95.

⁵⁸² Vgl.: S. 87, e).

und, in sehr geringem Umfang, auch vollstreckungsgerichtliche Auslegung eine hinreichende Anwendbarkeit entsprechender Urteile ermöglicht. Die Erarbeitung äußerlich beschreibender Charakteristika der im Unterlassungsantrag bezeichneten Aktion im Sinne einer konkreten Fallnorm bzw. von Fallgruppen erlaubt eine sachgemäße arbeitsgerichtliche Handhabung von weit formulierten Unterlassungsanträgen gegen Flashmob-Aktionen im Sinne des Rechtsstaatsprinzips. Diese Charakteristika und Fallgruppen sind nicht etwa mit den oben erarbeiteten, materiellen Wertungsgesichtspunkten für Flashmob-Aktionen deckungsgleich.

Kap. 10 Flashmob-Aktionen und die Arbeitskampfrechtsprechung der EU

Da Flashmob-Aktionen noch nicht Gegenstand von Verfahren vor dem EuGH und dem EGMR waren, kann auch noch keine zuverlässige Prognose über die zukünftige gerichtliche Behandlung des Arbeitskampfmittels zwischen der Koalitionsfreiheit, der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit und der Entscheidungskompetenz des betroffenen Mitgliedsstaat bzw. des EuGH über die Zulässigkeit der Maßnahme getroffen werden. Die Fähigkeit zur Beeinträchtigung wirtschaftlicher Betätigungen ist ein zentraler Bestandteil gewerkschaftlicher Interessenwahrnehmung. Weil die begrifflich weit gefassten Grundfreiheiten aus Art. 43 f. und 49 f. AEUV praktisch jede grenzüberschreitende Tätigkeit mit wirtschaftlichem Bezug umfassen und die Rechtsprechung von einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten gegenüber den als „intermediäre Gewalten“ verstandenen Gewerkschaften ausgeht⁵⁸³, ist auch beim Einsatz von Flashmob-Aktionen eine Kollision mit der in Art. 12 I und Art. 28 EU-GRC, Art. 6 Nr. 4 ESC, Art. 11 EMRK und dem Abkommen Nr. 87 der ILO normierten Koalitionsfreiheit mit einiger Regelmäßigkeit zu erwarten⁵⁸⁴.

I. Jüngere Arbeitskampfrechtsprechung des EuGH und das Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Koalitionsrechten

Ob und unter welchen Voraussetzungen die wirtschaftlichen Grundfreiheiten zugunsten des Rechts auf Streik oder anderer Inhalte der Koalitionsfreiheit, etwa dem Aufrufen zu Flashmob-Aktionen, beschränkbar sind⁵⁸⁵ sowie die Kompetenz zur Entscheidung über den in dieser Frage angelegten Abwägungsprozesses, war den Rechtsquellen der EU in der Vergangenheit nicht zweifelsfrei zu entnehmen. Für die Sichtweise des EuGH zu diesen Fragen vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon können die Entscheidungen in den Fällen Viking⁵⁸⁶ und Laval⁵⁸⁷ als beispielhaft verstanden werden.

Der EuGH geht in beiden Fällen von einer Geltung der Grundfreiheiten auch gegenüber gewerkschaftlichen Akteuren in Tarifkonflikten aus und ordnet die Koalitionsfreiheit im Sinne der jeweiligen mitgliedsstaatlichen Tarifsysteme der Ausübung der Grundfreiheiten unter. Eine Beschränkung der Grundfreiheiten könne durch das Recht auf kollektive Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer zwar gerechtfertigt werden⁵⁸⁸. Die Ausübung der Koalitionsfreiheit sei aber wie auch andere Grundrechte, vergleichbar mit der Rechtslage in den Fällen Schmidberger⁵⁸⁹ und Omega⁵⁹⁰, mit der Niederlassungs-

⁵⁸³ Vgl.: Däubler/Heuschmid, § 11, Rn. 94 f.

⁵⁸⁴ Vgl. allgemein: Dieterich, DB 2008, S. 294, 296; Däubler/Heuschmid, § 11, Rn. 67, 68.

⁵⁸⁵ Däubler/Heuschmid, § 11, Rn. 71 ff., 92, 133.

⁵⁸⁶ EuGH 11.12.2007 - C-438/05 - Viking, Slg. 2007, I-10779.

⁵⁸⁷ EuGH 18.12.2007 - C-341/05 - Laval, Slg. 2007, I-10779.

⁵⁸⁸ EuGH 18.12.2007 - C-341/05 - Laval, Slg. 2007, I-10779, Rn. 103; EuGH 11.12.2007 - C-438/05 - Viking, Slg. 2007, I-10779, Rn. 77.

⁵⁸⁹ EuGH 12.06.2003 - Schmidberger - C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 74.

⁵⁹⁰ EuGH 14.10.2004 - Omega - C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Rn. 35

und Dienstleistungsfreiheit zu harmonisieren. Auftretende Beschränkungen der Grundfreiheiten seien am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen⁵⁹¹.

Dieterich vergleicht die vom EuGH geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung, bestehend aus Geeignetheit und Erforderlichkeit, sowie die Entfaltung der gegenläufigen Rechtspositionen zu Recht mit den Grundsätzen der praktischen Konkordanz⁵⁹². Seine Kritik an der Beschränkung der Koalitionsfreiheit zugunsten der Grundfreiheiten, die der EuGH erstaunlicherweise gerade auf die kollektive Schutzverbürgung des Art. 28 EU-GRC stützt⁵⁹³ anstatt vielmehr umgekehrt die Einschränkung der Koalitionsfreiheit durch Grundfreiheiten nach Maßgabe von Art. 52 I EU-GRC auf die Existenz einer passenden gesetzlichen Eingriffsermächtigung und die Beachtung des Wesensgehaltes des Grundrechts zu prüfen, unterstreicht die Wichtigkeit der Etablierung einer normativ gestützten Kollisions- und Schrankensystematik für die Grundfreiheiten und Grundrechte der Union. Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist die Geltung der EU-GRC und der EMRK in Art. 6 des EUV normativiert worden. Die jüngeren Entscheidungen des Gerichts in den Fällen *Kommission vs. Deutschland*⁵⁹⁴ und *Rosenblatt*⁵⁹⁵ scheinen die Kollision der Koalitionsfreiheit mit den Grundfreiheiten nun auch in stärkerem Maß mithilfe einer Balance zwischen den Rechtspositionen im Sinne der praktischen Konkordanz aufzulösen, so dass Heuschmid und Barnard mit einigem Recht auf ein mögliches Wachsen der Handlungsspielräume von europäischen Gewerkschaften zur Erfüllung ihrer Funktion nach der Rechtsprechung des EuGH hinweisen⁵⁹⁶.

Diese Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung lässt die Anwendung von Verhältnismäßigkeits- und Konkordanzerwägungen auf Flashmob-Aktionen auf europäischer Ebene erwarten. Gleichwohl bleiben im Verhältnis der Grundfreiheiten zur Koalitionsfreiheit und somit auch für die Frage der europarechtlichen Behandlung von Flashmob-Aktionen wichtige Fragen ungeklärt. Zentral sind dabei neben der Notwendigkeit einer stärkeren Konturierung des Wesensgehaltes der Koalitionsfreiheit iSd. Unionsrechts⁵⁹⁷ und die zweifelsfreie Zuteilung der Entscheidungskompetenz über die Frage der Entfaltung und Begrenzung der Koalitionsfreiheit in konkreten Kollisionsfällen mit den Grundfreiheiten zwischen den Organen der Union und den Mitgliedsstaaten. Zu letzterem Punkt deutet Heuschmid zu Recht auf das bestehende Spannungsverhältnis zwischen der Art und dem Umfang der Rechtsfortbildung des Primär- und Sekundärrechts durch den EuGH und dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung hin, welches die Rechtssetzungs- und Auslegungskompetenz der Union bislang definiert hat⁵⁹⁸.

II. Flashmob-Aktionen und der Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit in den Rechtsquellen der EU

Die regelmäßig geringere Eingriffsintensität von betriebsbezogenen Flashmob-Aktionen gegenüber dem in allen EU-Mitgliedsstaaten anerkannten Streik als Mittel zum Zweck der kollektiven Interessenwahrnehmung legt die Einbeziehung des Arbeitskampfmittels in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit auf Unionsebene schon aus einem a maiore ad minus-Schluss nahe. Zwar kann die Zielbestimmung des Art. 3 III EUV hinsichtlich der nachhaltigen Entwicklung Europas auf der Grundlage einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft mit Blick auf neue Arbeitskampfformen wie dem Flashmob nicht als positivrechtliche oder gar zielgerichtete Kompetenzerräumung zugunsten der

⁵⁹¹ EuGH 11.12.2007 - C-438/05 - Viking, Slg. 2007, I-10779, Rn. 84, 90; EuGH 18.12.2007 - C-341/05 - Laval, Slg. 2007, I-10779, Rn. 101.

⁵⁹² Dieterich, DB 2008, S. 295, 296.

⁵⁹³ Dieterich, DB 2008, S. 296.

⁵⁹⁴ EuGH 15.7.2010 - C-271/08 - Kommission vs. Deutschland, Rn. 52.

⁵⁹⁵ EuGH 12.10.2010 - C-45/09, Rn. 67 ff.

⁵⁹⁶ Däubler/Heuschmid, § 11, Rn. 130; Barnard, NZA-Beil., 2011, S. 124.

⁵⁹⁷ Siehe: Däubler/Heuschmid, § 11, Rn. 38 f.

⁵⁹⁸ Däubler/Heuschmid, § 11, Rn. 124; BVerfG, Beschl. 06.07.2010, NJW 2010, 3442 ff., Rn. 56 f.

Koalitionen gelesen werden. Im Verein mit der nach Art. 6 I, III AEUV, Art. 12 I, 28 EU-GRC und Art. 11 EMRK verfügbaren Bindung der Union an die Grundrechte und die EMRK lässt sie allerdings die Entwicklung der koalitionären Arbeitskämpfungsmittel entsprechend der praktischen Gegebenheiten des Binnenmarktes als Bestandteil des sozialen- bzw. des Unionsgrundrechts der Koalitionsfreiheit erscheinen. Dies spricht für die Zulässigkeit der Flashmob-Aktion als AEUV-, EU-GRC- und EMRK-konformes Arbeitskämpfungsmittel.

Nachteile für Gemeinwohlbelange ergeben sich auf Unionsebene aus seinem Einsatz ebensowenig wie in der Bundesrepublik Deutschland⁵⁹⁹, so dass dort wie hier der Gedanke einer Unzulässigkeit des Kämpfungsmittels wegen eines ausschließlichen Schutzes des Streiks durch die Koalitionsfreiheit keine tragfähige Begründung findet. Bei aller Heterogenität der mitgliedsstaatlichen Tarifmodelle liegen die zentralen Beweggründe für die Nutzung von Flashmob-Aktionen durch Arbeitnehmerorganisationen - die gewachsene Relevanz des Dienstleistungssektors, die Verbreitung atypischer Beschäftigungsformen im Bereich Handel und Dienstleistungen sowie die Notwendigkeit der Fortentwicklung des Konfliktmittelspektrums hin zu stärker medial ausgerichteten Konzepten - nicht nur in der Bundesrepublik, sondern auch in den anderen EU-Mitgliedsstaaten vor. Bei der Interpretation des Wesensgehalts der Koalitionsfreiheit auf Unionsebene ist daher Azoulai in seiner Ansicht zuzustimmen, nach der die Kollektivakteure als Gestalter der mitunter antagonistischen und widerspruchsvollen Interessenkonstellation, die sich aus dem Nebeneinander eines europäischen Binnenmarktes mit erheblichen zwischenstaatlichen Lohngefällen und unterschiedlichen Tarifmodellen ergibt, verantwortlich mitwirken sollten⁶⁰⁰. Die Fähigkeit zur Anpassung des Konfliktrepertoires an sich verändernde Gegebenheiten ist für diese Mitgestaltung zum Zweck einer funktionsfähigen unionsweiten Arbeits- und Sozialordnung von entscheidender Wichtigkeit. Aus diesem Grund erscheint der Einsatz von Flashmob-Aktionen nach den Rechtsquellen der Union zulässig. Heuschmid betont mit Blick auf die Abwägung des Koalitionsfreiheits mit den Grundfreiheiten mit Recht, dass die auf letztere zentrierte EuGH-Rechtsprechung angesichts des Grades der europäischen Integration von der wirtschaftlichen und politischen Wirklichkeit überholt worden ist⁶⁰¹. Die Begrenzung von Flashmob-Aktionen am Maßstab der Grundfreiheiten ohne das Vorliegen von Hinweisen auf besondere, zielgerichtete Benachteiligungen von Wirtschaftssubjekten aus jeweils anderen Mitgliedsstaaten erscheint demnach als nicht sachgerecht.

III. Grundrechtsschutzgefälle zwischen unterschiedlichen Arbeitskämpfungsmitteln in der aktuellen Rechtsprechung des EGMR

In der Entscheidung der *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom* bestätigte der EMGR das in Großbritannien geltende Verbot von Unterstützungstreiks. Nach der Ausformung des Schutzbereiches der Norm hinsichtlich eines Schutzes der Arbeitskämpfungsfähigkeit und den Arbeitskämpfungsmitteln von Koalitionen in der jüngeren Rechtsprechung⁶⁰² erscheint das Urteil direkte Schlussfolgerungen auf die Sicht des Gerichts auf Flashmob-Aktionen im Lichte des Art. 11 der EMRK zu erlauben.

⁵⁹⁹ Vgl. oben: S. 25, Nr. 3.

⁶⁰⁰ Azoulai, 2008, S. 4, 6.

⁶⁰¹ Däubler/Heuschmid, § 11, Rn. 128.

⁶⁰² EGMR 12.11.2008 - *Demir and Baykara v. Turkey* - no. 34503/97.

1. Kernbereichsrechtsprechung zu Art. 11 EMRK und Gemeinwohlschutz durch den EGMR?

Von zentraler Relevanz für eine Prüfung von Flashmob-Aktionen am Maßstab der aktuellen EGMR-Rechtsprechung ist zum einen der Umstand, dass der EGMR in der erwähnten Entscheidung der Argumentation der britischen Regierung folgt, nach der ein Arbeitskampfmittel den Charakter eines „accessory“-Mittels besitzen kann, das gegenüber den „core“-Aspekten und Arbeitskampfmitteln abgrenzbar sei⁶⁰³. Zwar fasst das Gericht den Unterstützungsstreik in den Schutzbereich des Art. 11 EMRK, so dass die gesetzförmige Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit einer Zulässigkeitsprüfung unterliegt. Bei der Beantwortung der Frage, ob das Verbot gesetzlich vorgeschrieben ist, ein legitimes Ziel verfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, akzeptiert das Gericht aber die ohne konkrete Belege vorgetragene Argumentation der britischen Regierung, nach der Unterstützungsstreiks volkswirtschaftliche Schäden befürchten ließen, mit Hinweis auf den weiten gesetzgeberischen Ermessens- und Gestaltungsspielraum in politischen und sozialen Fragen. Dabei lässt das Gericht ausdrücklich offen, ob der Unterstützungsstreik den Status eines „essentiellen“ Schutzelements des Art. 11 EMRK genießt.

Zum anderen erkennt der EGMR in der Argumentation der britischen Regierung, nach der das kategorische Verbot von Unterstützungsstreiks einem „pressing social need“ geschuldet sei, keinen Widerspruch zu seinem allgemeinen Rechtsprechungsgrundsatz, der Legislativakte nur soweit im Einklang mit den Bestimmungen der EMRK definiert, als sie nicht „manifestly without reasonable foundation“ sind⁶⁰⁴. Das Gericht betont bei seiner diesbezüglichen Erläuterung die besonders gewichtige Rolle, die der EGMR der legislativen Tätigkeit des jeweiligen Unterzeichnerstaates einräumt. In der Folge akzeptiert das Gericht neben den bereits erwähnten, im Ergebnis unsubstantiiert behaupteten Bedrohungen für die Volkswirtschaft auch den Einwand der Regierung, dass das streitgegenständliche Verbot bereits seit 1980 bestehe und während zweier Regierungswechsel intakt geblieben sei, und schließt aus diesem Umstand auf einen breiten demokratischen Konsens über das Verbot⁶⁰⁵. Der Grundsatz der Proportionalität sei durch das Verbot nicht verletzt, auch weil die Einschränkungen zulasten der Gewerkschaften nicht sehr weitreichend wären⁶⁰⁶.

2. Würdigung der jüngsten EMGR-Rechtsprechung und Bezug auf Flashmob-Aktionen

Die Rechtsprechung des EGMR im Fall *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom* erinnert in seinem Rekurs auf behauptete volkswirtschaftliche Nachteile durch den Unterstützungsstreik und in seiner expliziten Abstufung der Schutzgrade, welche die koalitionspezifischen Handlungen im Rahmen des Art. 11 EMRK genießen sollen, an die Diskussion um die Zulässigkeit von Flashmob-Aktionen in Deutschland⁶⁰⁷ bzw. um die im Jahr 1995 durch das BVerfG aufgegebene Kernbereichslehre zur Auslegung des Schutzbereichs von Art. 9 III GG⁶⁰⁸. Ihr kann jedenfalls mit Blick auf denkbare legislative Einschränkungen von Flashmob-Aktionen im Geltungsbereich der EMRK nicht gefolgt werden. Arbeitskampfansätze zur Ergänzung klassischer Streiks -

⁶⁰³ EGMR 08.04.2014 - *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom* - no. 31045/10, §§ 77 ff., 87.

⁶⁰⁴ EGMR 08.04.2014 - *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom* - no. 31045/10, § 99.

⁶⁰⁵ EGMR 08.04.2014 - *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom* - no. 31045/10, § 99.

⁶⁰⁶ EGMR 08.04.2014 - *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom* - no. 31045/10, § 101.

⁶⁰⁷ Vgl. etwa oben: S. 25, Nr. 3.

⁶⁰⁸ BVerfG, 14.11.1995: BVerfGE 93, 352.

dazu gehören neben dem Unterstützungstreik auch Flashmob-Aktionen - sind entgegen den Erwägungen des EGMR dem Schutzgehalt des Art. 11 EMRK ohne Abstufung zuzuordnen. Würde ein nationaler Gesetzgeber arbeitskampfbegleitende Flashmob-Aktionen untersagen, wäre der Charakter der konkret umfassten Arbeitskämpfmaßnahmen erst bei der Prüfung der einschränkenden Kriterien für Legislativakte zu bewerten, nicht bei der Erörterung der Schutzbereichszugehörigkeit. Schon die Frage nach dem legitimen Ziel eines Verbotes wäre dabei nur unter größter argumentativer Anstrengung glaubhaft zu bejahen, denn etwaige Schadensbefürchtungen an den Rechtsgütern Dritter und dem volkswirtschaftlich verstandenen Gemeinwohl müssten nachprüfbar belegt werden. In dieser Hinsicht überrascht die Haltung des EGMR im Fall des britischen Unterstützungstreikverbotes. Die von Seiten der britischen Regierung vorgebrachten Schadensszenarien erscheinen als freihändig skizziert und lassen konkrete, empirisch greifbare Elemente vermissen. Auch die zu Unterstützungstreiks vortragenen Eskalationsvermutungen erinnern an die in Deutschland befürchtete Unkontrollierbarkeit von Flashmob-Menschenmengen im Arbeitskampf, die jedoch bei einer genaueren Prüfung wenigstens unwahrscheinlich anmutet⁶⁰⁹.

Möchte man hier der Einräumung eines legislativen Ermessensspielraums mit dem EGMR gleichwohl zustimmen und eine legitime Ziel von Arbeitskämpfungsmittelverboten zulasten des Unterstützungstreik oder auch der Flashmob-Aktion im Arbeitskampf anerkennen, muss sich das Verbot eines Arbeitskämpfungsmittels jedoch auch noch als notwendige Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft darstellen. Diesem Kriterium wird bei der Bestätigung des britischen Arbeitskämpfungsmittelverbots nicht Genüge getan und wäre auch bei der Einschränkung von Flashmob-Aktionen nicht erfüllt. Die vom EGMR in dieser Frage vertretene besondere Beachtung der legislativen Situation in Großbritannien erscheint wenig überzeugend.

Bereits der argumentative Grundansatz des EGMR, nach dem der legislativen Situation in der jeweiligen nationalen Rechtsordnung ein besonderes Gewicht beizumessen ist, stellt sich als Widerspruch zu dem Gedanken einer dem Schutz von Menschen- und Grundrechten verpflichteten EMRK dar: Die Interessen der vom Schutzbereich der EMRK-Normen wie Art. 11 umfassten Personengruppen sind gerade nicht stets in sachgerechter Weise in den legislativen Systemen der Unterzeichnerstaaten berücksichtigt. So verhilft erst die Durchführung von Unterstützungstreiks oder auch Flashmob-Aktionen denjenigen Arbeitnehmergruppen, welchen die Interessenvertretung in Form klassischer Streiks unmöglich ist, zu einem in Art. 11 EMRK verbürgten Repräsentationsmittel zur Verteidigung ihrer Interessen⁶¹⁰. Gerade für normativ verankerte Schutzdefizite in den Rechtsordnungen der Unterzeichnerstaaten muss der EGMR judikative Abhilfe schaffen. In diesem Kontext erscheint auch insbesondere die Ansicht des EGMR als verfehlt, nach der eine Verkürzung der Koalitionsfreiheit iSv. Art. 11 EMRK durch eine abstrakte gesetzliche Regelung selbst aus Gründen der bequemen Handhabbarkeit der Regelungsmaterie für den jeweiligen Staat sowie behaupteter Kostenersparnisse zugunsten des Steuerzahlers gegenüber einer möglicherweise rechtlich unklarereren und klageanfälligeren Alternativlösung zulässig sei⁶¹¹. Dabei verlangt das Gericht für die Behauptung der rechtlichen Unsicherheit und der Kostenbelastung der öffentlichen Hand durch eine menschenrechtskonformere Alternativlösung keine beweis zugängliche Substantiierung, weil die diesbezüglichen Erwägungen nach der Sicht des Gerichts primär dem betroffenen Staat oblägen⁶¹². Die in dieser Argumentation vorgenommene Kompetenzeinräumung zugunsten der Legislative der Unterzeichnerstaaten erfasst durch ihre besondere Weite auch den Einsatz von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf, deren Einsatz neben der rechtlichen Unsicherheit über die jeweilige Zulässigkeit ebenfalls zu zahlreichen arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten führen kann.

⁶⁰⁹ Vgl. oben: S. 14, bb).

⁶¹⁰ Vgl. zum Flashmob in Deutschland oben: S. 21, I.

⁶¹¹ EGMR 08.04.2014 - National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom - no. 31045/10, § 102.

⁶¹² EGMR 08.04.2014 - National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom - no. 31045/10, § 102.

Im Ergebnis wirkt die vom EGMR vorgenommene Abstufung zwischen Kern- und Randelementen des Schutzgehaltes des Art. 11 EMRK als Rückschritt in der Entwicklung und Ausformung der sozialen Grundrechte der Union, der den Schutzgehalt der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK in Frage stellt. Dieser Umstand wird auch nicht durch einen Vergleich mit anderen, vom Gericht als weitreichender qualifizierten, evidenten Verletzungen der Koalitionsrechte etwa im Fall *Demir and Baykara*⁶¹³ relativiert, auf die das Gericht Bezug nimmt⁶¹⁴. Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf sind vollumfänglich in den Schutzbereich des Art. 11 EMRK miteinzubeziehen, eine Abstufung dieses Schutzbereiches erscheint demgegenüber als nicht sachgerecht. Die Beschränkung der Arbeitskampfform durch einen Unterzeichnerstaat wäre im Lichte des Art. 11 EMRK nur unter Einhaltung enger Rechtfertigungskriterien möglich, für die aktuell aber keine tragfähige Begründung ersichtlich ist. Insbesondere kommt bei der Betrachtung von Flashmob-Aktionen im Lichte der EMRK weder die Berücksichtigung von empirisch nicht nachweisbaren Nachteilen für das Gemeinwohl⁶¹⁵ noch eine besondere Beachtung der arbeitskampfrechtlichen Situation des betreffenden Staates bei der Prüfung der einschränkenden staatlichen Handlungen in Betracht.

⁶¹³ EGMR 12.11.2008 - *Demir and Baykara v. Turkey* - no. 34503/97.

⁶¹⁴ EGMR 08.04.2014 - *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom* - no. 31045/10, §§ 85, 86.

⁶¹⁵ Vgl. hinsichtlich der Sachlage in der Bundesrepublik oben: S. 25, Nr. 3.

Kap. 11 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Der in dieser Arbeit untersuchte Einsatz von Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf steht in einem Kausalitätszusammenhang mit der Fortentwicklung des Arbeitsmarkt-umfeldes, das durch eine verstärkte Relevanz des Dienstleistungssektors, einer vergleichsweise flexibleren und kleinteiligeren Beschäftigungsstruktur und einer Veränderung individueller Erwerbsbiografien gekennzeichnet ist⁶¹⁶. Weil die genannten Entwicklungen die gewerkschaftliche Fähigkeit zur effektiven Interessenwahrnehmung in Tarifverhandlungen strukturell beeinträchtigen, erscheint die Flankierung von Arbeitskämpfen mit Flashmob-Aktionen zur Erhöhung der medialen Sichtbarkeit folgerichtig⁶¹⁷ und genießt grundsätzlich den Schutz der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 III GG.

Angesichts der Vielgestaltigkeit der möglichen Flashmob-Variationen besteht ein Abgrenzungsbedarf zu anders gearteten Verhaltensweisen und Aktionsformen. Dem kann allerdings auf der Ebene des sachlichen Schutzbereichs des Art. 9 III GG nur in grössten Konturen Rechnung getragen werden, um die durch die Rechtsprechung des BAG, des BVerfG und durch zahlreiche Stimmen in der Literatur angenommene Kampfmittelfreiheit als einem zentralen Bestandteil der effektiven Grundrechtsausübung im Rahmen des Art. 9 III GG nicht zu konterkarieren. In der Folge ist eine gewisse Abstraktheit der typologisierenden Beschreibung nicht zu vermeiden. Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf sind danach das koordinierte, für Außenstehende unvorhergesehene Verhalten einer Personenmehrzahl mit Bezug zu einem Tarifkonflikt und der Absicht der Einflussnahme auf selbigen⁶¹⁸.

Die Entscheidung des BAG zu der Flashmob-Aktion in Berlin steht in einem Rechtsprechungskontext, welcher der notwendigen Erneuerung des Kampfmittelspektrums durch die Koalitionspartner zwar Rechnung trägt, der aber zugleich Arbeitskämpfe in beschäftigungsstarken Branchen unterbindet und seine Gestaltungsaufgabe daher nicht stets im Sinne einer eindeutigen rechtspolitischen Zielvorstellung der Arbeitsmarktordnung ausübt⁶¹⁹. Erfreulicherweise nimmt sowohl die Rechtsprechung als auch der allergrößte Teil der Literatur von der in der Vergangenheit mitunter geäußerten Forderung nach einer Begrenzung der koalitionären Betätigungsfreiheit im Rahmen des Art. 9 III GG aus Gründen des Allgemeinwohls Abstand. Das ist sachgerecht, weil die arbeitsmarktökonomische Betrachtung des Tarifsystems und die Analyse der Interdependenz von Löhnen, Konjunktur, Inflation und Produktivität im Hinblick auf Flashmob-Aktionen keine belastbaren Ansatzpunkte für die Notwendigkeit einer Beschränkung aus volkswirtschaftlichen Gründen bietet⁶²⁰. Bei Eingriffen in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der von Flashmob-Aktionen betroffenen Unternehmen kommt daher eine Rechtfertigung durch eine rechtmäßige Ausübung der Koalitionsbetätigungsfreiheit iSv. Art. 9 III GG in Betracht⁶²¹. Abgesehen von dem für Flashmob-Aktionen nicht aussagekräftigen Aspekt der eigenen finanziellen Opfer der aufrufenden Tarifpartei⁶²² sind die vom BAG zur Eingrenzung der Grundrechtsausübung iSv. Art. 9 III GG genutzten Gesichtspunkte im Wesentlichen zweckmäßig und tragen der im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung anzustrebenden Parität zwischen den Tarifpartnern hinreichend Rechnung. Eine sachnahe Lösung der Gestaltungs-

⁶¹⁶ Vgl. oben: Vorwort, S. IX sowie S. 21, I.

⁶¹⁷ Oben: S. 3, Nr. 1.

⁶¹⁸ Siehe oben: S. 9 ff., II. f. sowie S. 18, III.

⁶¹⁹ Siehe oben: S. 24, a).

⁶²⁰ Siehe insoweit oben: S. 25, Nr. 3.

⁶²¹ Vgl. zu diesem Komplex im Ganzen oben: S. 79, Nr. 7.

⁶²² Oben: S. 62, Nr. 5.

und Aktualisierungsaufgabe der Rechtsprechung im Bereich des Arbeitskampfrechts ist für Flashmob-Aktionen zukünftig insbesondere dann zu erwarten, wenn die Abwägung der konfligierenden Rechtspositionen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn von einer strukturierten Prüfung unter Miteinbeziehung einer quantitativen und qualitativen Bewertung des jeweils betroffenen Betriebsbereiches und des entstandenen Schadens begleitet wird⁶²³. Die Anwendung der im Rahmen dieser Arbeit entwickelten Gesichtspunkte auf die Flashmob-Aktion am Berliner Ostbahnhof und weitere exemplarische Konstellationen verspricht einen deutlichen Gewinn an argumentativer Präzision in der Wertung atypischer Tarifkonfliktmodi wie dem Flashmob anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Entgegen einer in der Literatur geäußerten Sichtweise sind die Möglichkeiten des vorbeugenden Rechtsschutzes gegen Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf eng begrenzt. Dabei stehen vor allem das angesichts der grundsätzlichen Zulässigkeit der Arbeitskampfform regelmäßig fehlende Rechtsschutzinteresse der Arbeitgeberseite sowie die bei der Vielzahl möglicher Erscheinungsformen von Flashmob-Aktionen üblicherweise schwierige Bestimmbarkeit entsprechenden Unterlassungsanträgen entgegen⁶²⁴. Vor dem EuGH und dem EGMR sind Flashmob-Aktionen bislang noch nicht verhandelt worden. Die jüngere Rechtsprechung des EuGH scheint in Fragen des für Flashmob-Aktionen relevanten Verhältnisses zwischen den Grundfreiheiten und den Koalitionsrechten in jüngerer Zeit seine auf die Grundfreiheiten fokussierte Rechtsprechung abzumildern⁶²⁵. Nach den noch gegenläufigen Urteilen Laval und Viking ist allerdings eine weitere Konkretisierung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit und der Kollisionsrechtsprechung des EuGH nach den Rechtsquellen der Union notwendig, um die zukünftige Behandlung des Flashmob im Arbeitskampf durch den EuGH mit einiger Zuverlässigkeit prognostizieren zu können. Der problematische Weg des EGMR im Fall des britischen Unterstützungsstreikverbotes sollte im Fall der Flashmob-Aktion als Arbeitskampfmittel nicht beschritten werden. Das Gericht nimmt eine präzise und sachlich nachvollziehbare Schutzbereichsausgestaltung gerade nicht vor und stuft im Gegenteil den Schutzbereich des Art. 11 EMRK zulasten bestimmter Arbeitskampfmittel mit Hinweis auf die staatliche Einschätzungsprärogative ohne tragfähige Begründung ab⁶²⁶. Auch das Urteil des EGMR unterstreicht demnach die Notwendigkeit, den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit auf europäischer Ebene schärfer zu konturieren und eine Schrankensystematik zu installieren, die dem Stellenwert der Freiheitsgarantie als zentralem Wirkmechanismus einer fortgeschrittenen Arbeitsmarkt- und Sozialordnung gerecht wird. Der Flashmob ist demgegenüber bereits heute als Arbeitskampfmittel auch in anderen Unterzeichnerstaaten der EGRC als der Bundesrepublik Deutschland anzuerkennen.

Nach dem Urteil des BVerfG zum Flashmob-Fall im Berliner Ostbahnhof verbleibt wenig Raum für grundsätzliche Kritik an der Ausgestaltung und Fortentwicklung des Arbeitskampfrechts durch das BAG mit Blick auf atypische Kampfmittel. Damit ist aber nicht zugleich jegliche Diskussion um die Zulässigkeit einzelner Flashmob-Aktionen im Arbeitskampf oder bestimmter Flashmob-Typen beendet. Die Aktionsform zeichnet sich gerade durch ihre vielseitigen Anwendungs- und Variationsmöglichkeiten aus und dürfte gerade im Bereich niedriger qualifizierter Beschäftigung im Handels- und Dienstleistungssektor einige Relevanz entfalten und auch in regelmäßiger Frequenz Arbeitsgerichte beschäftigen.

Ein verstärkter Einsatz des Kampfmittels auch bei transnationalen Tarifkonflikten innerhalb der Europäischen Union erscheint möglich. Die im Rahmen dieser Bearbeitung entwickelten Prüfungsgesichtspunkte⁶²⁷ zur Präzisierung und Vereinfachung der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Flashmob-Aktionen entstammen zwar der deutschen Rechtsprechung über Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Neben ihrer Anwendung auf Tarifkonflikte im Geltungsbereich

⁶²³ Siehe oben: S. 87, e).

⁶²⁴ Siehe oben: S. 105, Nr. 1. sowie S. 107, b).

⁶²⁵ Siehe oben: S. 111, Nr. 10.

⁶²⁶ Siehe oben: S. 114, Nr. 1.

⁶²⁷ Siehe oben: S. 87, e).

des Grundgesetzes erscheint ihr Einsatz auf Kollisionen zwischen der in Art. 12 I und Art. 28 EU-GRC, Art. 6 Nr. 4 ESC, Art. 11 EMRK und dem Abkommen Nr. 87 der ILO normierten Koalitionsfreiheit und etwa den Grundfreiheiten unter der Voraussetzung einer Gleichordnung dieser Rechtspositionen und der Durchführung einer Konkordanz-ähnlichen Abwägung durch die zuständigen Spruchkörper möglich und im Sinne der Objektivierung des Abwägungsganges auch zweckmäßig.

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert*,
▷ Theorie der Grundrechte, 1988
- Arland, Katharina Czerweny von*,
▷ Die Arbeitskämpfungsmittel der Gewerkschaften und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz, Dissertation, Universität Heidelberg, 1993
- Artus, Ingrid*,
▷ Krise des deutschen Tarifsystems, Dissertation, Universität Jena 2001
- Ashenfelter, Orley/Card, David*,
▷ Handbook of Labor Economics, 2011
- Aust, Andreas/Pernicka, Susanne/Feigl-Heihs, Monica*,
▷ Moderner Sklavenhandel? Gewerkschaftliche Strategien im Umgang mit Leiharbeit, in: *Pernicka, Susanne/Aust, Andreas (Hrsg.): Die Unorganisierten gewinnen- Gewerkschaftliche Rekrutierung und Interessenvertretung atypisch Beschäftigter- ein deutsch-österreichischer Vergleich*, 2007
- Azoulai, Loïc*,
▷ The Court of Justice of the European Communities and the “Social Market Economy”,
Viking-Laval-Rüffert: Economic freedoms versus fundamental social rights – where does the balance lie?
- Debate organised by Notre Europe and the European Trade Union Institute, 2008 (URL:
<http://www.eng.notre-europe.eu/media/Azoulai-en.pdf>)
- Badura, Peter*,
▷ Die Tarifaufonomie im Spannungsfeld von Gemeinwohlerfordernissen und kollektiver
Interessenwahrnehmung, AöR, 1979
- Baringhorst, Sigrid*,
▷ Politik als Kampagne - zur medialen Erzeugung von Solidarität, 1998
- Barnard, Catherine*,
▷ Unionization and Wage Inequality: A comparative Study of the U.S, the U.K, and Canada,
NZA-Beilage, 2011
- Bauer, Katrin*,
▷ Jugendkulturelle Szenen als Trendphänomene, Dissertation, Münster, 2010
- Berg, Marco/ Erdmann, Georg/ Hofmann Markus/ Jaggy Michael/ Scheringer Martin/ Seiler Hansjörg*,
▷ Was ist ein Schaden - Zur normativen Dimension des Schadensbegriffs in der Risikowissenschaft, 1994
- Berg, Peter*,
▷ Das Arbeitskämpfrecht in der rechtspolitischen Auseinandersetzung, in: Individuelle und kollektive
Freiheit im Arbeitsrecht - Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, 2010
- Bertelsmann, Klaus*,
▷ Aussperrung - eine Untersuchung ihrer Zulässigkeit unter besonderer Berücksichtigung ihrer
geschichtlichen Entwicklung und Handhabung in der Praxis, 1979
- Borjas, George J.*,
▷ Labor economics, 6. Auflage, 2013
- Brox, Hans/Rüthers, Bernd*,
▷ Arbeitskämpfrecht, 2. Auflage, 1982
- Brötzmann, Ulrich*,
▷ Streikbegleitende 'Flashmob-Aktion' im Einzelhandel als zulässiges Arbeitskämpfungsmittel, NJW, 2010
- Burda, Michael/ Fitzenberger, Bernd/ Lembcke Alexander/ Vogel Thorsten*,
▷ Unionization, Stochastic Dominance, and Compression of the Wage Distribution: Evidence from
Germany, 2008 (URL: <http://sfb649.wiwi.hu-berlin.de/papers/pdf/SFB649DP2008-041.pdf>)
- Burda, Michael C./ Wyplosz, Charles*,
▷ Macroeconomics - a European text, 6. Auflage, 2013
- Böhm, Franz*,
▷ Wettbewerb und Monopolkampf, 1933

- Dieterich, Thomas*,
▷ Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen 'Laval' und 'Viking', Der Betrieb, 2008
- Dreier, Horst/Wittreck, Fabian (Hrsg.)*,
▷ Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage, 2012 (zit.: Dreier/Bearbeiter)
- Dribbusch, Heiner*,
▷ Organizing in der Fläche: Die ver.di/SEIU- Kampagne im Hamburger Bewachungsgewerbe, WSI Mitteilungen, 2008
- Dustmann, Christian/ Fitzenberger, Bernd/ Schönberg Uta/ Spitz-Oener Alexandra*,
▷ From Sick Man of Europe to Economic Superstar: Germany's Resurgent Economy, Journal of Economic Perspectives 2014 (URL:
http://www.aeaweb.org/atypon.php?return_to=/doi/pdfplus/10.1257/jep.28.1.167)
- Däubler, Wolfgang (Hrsg.)*,
▷ Arbeitskampfrecht, 3. Auflage, 2011, (zit.: Däubler/Bearbeiter)
- Engels, Andreas*,
▷ Verfassung und Arbeitskampfrecht- Verfassungsrechtliche Grenzen arbeitsgerichtlicher Arbeitskampfsjudikatur, 2007
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.)*,
▷ Grundgesetz - Kommentar, 2009 (zit.: Epping/Hillgruber/Bearbeiter)
- Esser, Josef*,
▷ Vorverständnis und Methoden in der Rechtsfindung, 1972
- Fischer, Len*,
▷ Schwarmintelligenz: Wie einfache Regeln Großes möglich machen, 2010
- Franzen, Martin/Thüsing, Gregor/Waldhoff, Christian*,
▷ Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012
- Gamillscheg, Franz*,
▷ Kollektives Arbeitsrecht Band I: Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung, 1997
- Goerke, Laszlo*,
▷ Arbeitskämpfe - eine ökonomische Perspektive, Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung, 2005 (URL:
http://doku.iab.de/zaf/2005/2005_2-3_zaf_goerke.pdf)
- Gregor Thüsing, Christian Waldhoff*,
▷ Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfrecht - Eine verfassungsrechtliche Positionsbestimmung der Flashmob-Entscheidung des BAG, Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2011
- Grosch, Marcus*,
▷ Rechtswandel und Rechtskraft bei Unterlassungsurteilen: zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Zeit und Recht sowie eine Kritik vom materiellen Unterlassungsanspruch, 2002
- Haverkate, Görg*,
▷ Verfassungslehre - Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992
- Hensche, Detlef/Wolter, Henner*,
▷ Die verhältnismäßige Freiheit - zum Übermaßverbot des Streiks, in: Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht - Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, 2010
- Hesse, Konrad*,
▷ Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, 1999
- Hindrichs, Wolfgang/Mäulen, Claus/Scharf, Günter*,
▷ Neue Technologien im Arbeitskampf, 1990
- Hirche, Kurt*,
▷ Die Finanzen der Gewerkschaften, 1. Auflage, 1972
- Hirsch, Barry T.*,
▷ Reconsidering union wage effects: Surveying new evidence on an old topic, IZA Discussion paper series, 2003 (URL: http://www.iza.org/en/webcontent/publications/papers/viewAbstract?dp_id=795)
- Hitzler, Ronald/Bucher, Thomas/Niederbacher, Arne*,
▷ Leben in Szenen- Formen jugendlicher Vergesellschaftung heute, 2001
- Horn, Eva; Thacker, Eugene/Gisi, Lucas Marco (Hrsg.)*,
▷ Schwärme - Kollektive ohne Zentrum. Eine Wissensgeschichte zwischen Leben und Information,

- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl*,
▷ Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 6. Auflage, 1957
- Häberle, Peter*,
▷ Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz : zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 1962
▷ Öffentliches Interesse als juristisches Problem - Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung, 1970
- IGM*,
▷ Satzung der IG Metall, 2011 (URL: https://www.igmetall.de/docs_4257762_IGM_Satzung_screen_e1588f09eddcc914462821a9a3ef6c00aaa6136d.pdf)
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.)*,
▷ Handbuch des Staatsrechts der BRD, Band 7. Band, 3. Auflage, 2009 (zit.: Hdb.StR/Bearbeiter)
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.)*,
▷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Auflage, 2012
- Kaser, Max/Kunkel, Wolfgang/Kreller, Hans*,
▷ Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, 2. Auflage, 1952
- Kersten, Jens*,
▷ Neues Arbeitskampfrecht - Über den Verlust institutionellen Verfassungsdenkens, 2012
- Kissel, Otto Rudolf*,
▷ Arbeitskampfrecht - Ein Leitfaden, 2002
- Kittner, Michael*,
▷ Arbeitskampf - Geschichte, Recht, Gegenwart, 2005
- Ders./Zwanziger, Bertram (Hrsg.)*,
▷ Arbeitsrecht - Handbuch für die Praxis, 7. Auflage, 2011 (zit.: Kittner/Zwanziger/Bearbeiter)
- Klebe, Thomas*,
▷ Flashmob-Aktion ersetzt keinen Arbeitskampf, Mitbestimmung 2009 (URL: http://www.boeckler.de/pdf/magmb_2009_11_klebe.pdf)
- Kreuz, Harald*,
▷ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampfrecht, 1988
- Krieger, Steffen/Günther, Jens*,
▷ Streikrecht 2.0 - Erlaubt ist, was gefällt!? NZA 2010
- Kroeschell, Karl*,
▷ Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 1992
- Lembke, Mark*,
▷ Arbeitskampfrecht - Quo vadis? NZA, 2014
- Löwisch, Manfred*,
▷ Besitzschutz gegen Flashmob, NZA, 2010
- Ders./Beck, Alexander*,
▷ Rechtsweg und Gerichtsstand bei Flashmobklagen, NZA, 2010
- Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.)*,
▷ Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage, 2010 (zit.: MKS/Bearbeiter)
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.)*,
▷ Grundgesetz - Kommentar, 70. Auflage, 2014, (zit.: Maunz/Dürig/Bearbeiter)
- Mertens, Hans-Joachim*,
▷ Über politische Argumente in der verfassungsrechtlichen Diskussion der paritätischen Mitbestimmung, RdA, 1975
- Miller, Peter*,
▷ Die Intelligenz des Schwarms - was wir von Tieren für unser Leben in einer komplexen Welt lernen können, 2010
- Monopolkommission*,
▷ Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, 2010 (URL: <http://monopolkommission.de/index.php/de/gutachten/hauptgutachten/234-hauptgutachten-xviii>)
- Müller, Adam*,
▷ Vom Geiste der Gemeinschaft, 1931

- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.)*,
▷ Erfurter Kommentar des Arbeitsrechts 2014, (zit.: ErfK/Herausgeber)
- Negt, Oskar*,
▷ Wozu noch Gewerkschaften - eine Streitschrift, 2005
- Otto, Hansjörg*,
▷ Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006
▷ Das konturlose Arbeitskampfrecht des BAG, RdA, 2010
- Palandt, Otto*,
▷ Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage, 2014 (zit.: Palandt/Bearbeiter)
- Pernicka, Susanne/Holst, Hajo*,
▷ Theoretische Perspektiven, in: *Pernicka, Susanne/Aust, Andreas (Hrsg.)*: Die Unorganisierten gewinnen- Gewerkschaftliche Rekrutierung und Interessenvertretung atypisch Beschäftigter- ein deutsch-österreichischer Vergleich, 2007
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard (Hrsg.)*,
▷ Grundrechte, 29. Auflage, 2013 (zit.: Pieroth/Schlink/Bearbeiter)
- Rehder, Britta/Deinert, Olaf/Callsen, Raphaël*,
▷ Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen, 2012
- Rieble, Volker*,
▷ Flash-mob - Ein neues Kampfmittel? NZA, 2008
- Rüthers, Bernd*,
▷ Rechtstheorie, 6. Auflage, 2011
- Ders./Höpfner, Clemens*,
▷ Anmerkung, JZ 2010
- Sack, Rolf*,
▷ Das Recht am Gewerbebetrieb, 2007
- Samuelson, Paul A./Nordhaus, William D.*,
▷ Volkswirtschaftslehre, 2007
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/ Klein, Franz/ Hofmann Hans/ Hopfauf Axel (Hrsg.)*,
▷ Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, 2008 (zit.: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bearbeiter)
- Scholz, Rupert*,
▷ Tarifaautonomie im Umbruch - Neue Herausforderungen, Wandel und Reform, in: Lebendiges Recht - Von den Sumerern bis zur Gegenwart - Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, 1995
- Schröder, Rainer*,
▷ Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, 1988
- Schulze, Gerhard*,
▷ Die Erlebnisgesellschaft - Kulturosoziologie der Gegenwart, 2005
- Schur, Wolfgang*,
▷ Anspruch, absolutes Recht und Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht entwickelt aus dem Zivilrecht, 1993
- Seiter, Hugo*,
▷ Staatsneutralität im Arbeitskampf, 1987
- Siff, Stephen*,
▷ Carrying the Banner: The Portrayal of the American Newsboy Myth in the Disney Musical Newsies, IJPC-Journal 2009 (URL: <http://ijpc.org/journal/index.php/ijpcjournal/article/view/8/10>)
- Simon, Oliver/Greßlin, Martin*,
▷ Flashmob - eine grundlegende Neujustierung des Arbeitskampfrechts? Betriebsberater, 2010
- Staudinger, Julius (Hrsg.)*,
▷ J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse; §§ 823-825, 1999 (zit.: Staudinger/Bearbeiter)
- Stolleis, Michael*,
▷ Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Verwaltungsarchiv, 1974
- Summers, Della*,
▷ (Hrsg.), Longman, Dictionary of Contemporary English, 5. Auflage, 2009

- Säcker, Franz Jürgen*,
▷ Von der offenen Arbeitseinstellung zur verdeckten Betriebsblockade - Der Arbeitskampf im Wandel zum Partisanenkampf, NJW 2010
- Ders./Mohr, Jochen*,
▷ Das neue Arbeitskampfrecht: Das Ende der Friedlichkeit und die Relativierung absolut geschützter Rechte, JZ 2010
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.)*,
▷ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 5. Auflage, 2005 (zit.: MKS/Bearbeiter)
- Thacker, Eugene; Horn, Eva/Gisi, Lucas Marco (Hrsg.)*,
▷ Schwärme- Kollektive ohne Zentrum. Eine Wissensgeschichte zwischen Leben und Information, 2009
- Treber, Jürgen*,
▷ Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen- Zur Zulässigkeit von Betriebsbesetzungen und Betriebsblockaden unter Berücksichtigung des Funktionszusammenhangs von Privatautonomie, Tarifaautonomie und Arbeitskampfrecht, Dissertation, Berlin 1996
- Vogel, Thorsten*,
▷ Union Wage Compression in a Right-to-Manage Model, 2007 (URL: http://www.wiwi.hu-berlin.de/de/professuren/vwl/wtm2/mitarbeiter/ehemalige/former_staff/vogel/vogelunion/view)
- Walker, Wolf-Dietrich*,
▷ Fehlentwicklungen bei der Abmahnung im Arbeitsrecht, NZA, 1995
- Wank, Rolf*,
▷ Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts - Unterstützungsstreik, Streik um Tarifsozialplan, Schadensersatz und einstweilige Verfügung, RdA, 2009,
- Weber, Max*,
▷ Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Auflage, 1922
- Welzmüller, Rudolf/Wagner, Hilde*,
▷ in: Perspektiven der Tarifpolitik, Im Spannungsfeld von Fläche und Betrieb - Dokumentation der Tarifpolitischen Konferenz der IG Metall, 2005
- Wiesenthal, Helmut*,
▷ Strategie und Illusion - Rationalitätsgrenzen kollektiver Akteure am Beispiel der Arbeitszeitpolitik 1980 - 1985, 1987
▷ Kapitalinteressen und Verbandsmacht : 'two logics of collective action' revisited - Capital interests and the power of interest groups: 'two logics of collective action' revisited, Die politische Logik wirtschaftlichen Handelns, 1992
- Wu, Tim*,
▷ In the Grip of the New Monopolists, The Wall Street Journal - Europe Edition Online 2010 (URL: <http://www.wsj.com/news/articles/SB10001424052748704635704575604993311538482>)
- Zimmer, Daniel; Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*,
▷ Kommentar zum europäischen Kartellrecht, Teil 1, 5. Auflage, 2012 (zit.: Immenga/Mestmäcker/Bearbeiter)
- Zöller, Richard (Hrsg.)*,
▷ Zivilprozessordnung, 29. Auflage, 2012 (zit.: Zöller/Bearbeiter)

Zitierte Entscheidungen

EGMR, Urt. v. 08.04.2014 – no. 31045/10, – National Union of Rail, Maritime and Transport Workers

EGMR, Urt. v. 12.11.2008 – no. 34503/97, **ECHR 2008** – Demir and Baykara

EuGH, Urt. v. 18.12.2007 – C-341/05, **Slg. 2007, I-10779** – Laval

EuGH, Urt. v. 11.12.2007 – C-438/05, **Slg. 2007, I-10779** – Viking

EuGH, Urt. v. 14.10.2004 – C-36/02, **Slg. 2004, I-9609** – Omega

EuGH, Urt. v. 12.06.2003 – C-112/00, **Slg. 2003, I-5659** – Schmidberger

EuGH, Urt. v. 21.09.2000 – C-222/98, **Slg. 2000, I-7111** – van der Woude

EuGH, Urt. v. 21.09.1999 – C-67/96, **Slg. 1999, I-5751** – Albany

EuGH, Urt. v. 11.03.1997 – C-13/95, **NZA 1997, 433** – Betriebsdefinition

BVerfG, Urt. v. 26.03.2014 – 1 BvR 3185/09, – Flashmob

BVerfG, Urt. v. 22.02.2011 – 1 BvR 699/06, **E 128, 226** – Flughafendemo

BVerfG, Urt. v. 12.12.2000 – 1 BvR 1762/95, 1 BvR 1787/95, **E 102 347**

BVerfG, Urt. v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, **E 93, 352** – Kernbereichslehre

BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86, **E 92, 365** – Arbeitskampf

BVerfG, Urt. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, **E 84, 212** – Arbeitskampfmittelfreiheit

BVerfG, Urt. v. 15.07.1981 – 1 BvL 77/78, **E 58, 300** – Nassauskiesungsbeschluss

BVerfG, Urt. v. 20.01.1988 – 2 BvL 23/82, **E 77, 370** – Eigentumsschutz

BVerfG, Urt. v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, **E 69, 315**

BVerfG, Urt. v. 15.07.1981 – 1 BvL 77/78, **E 58, 300** – Schrankenbest. Art. 14 I

BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77; 1 BvR 533/77; 1 BvR 419/78; 1 BvL 21/78, **E 50, 290, 367**
– Staatsferne

BVerfG, Urt. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, **E 44, 322, 342** – AVE TV

BVerfG, Urt. v. 16.03.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, **E 30, 292** – Gewerbeschutz

BVerfG, Urt. v. 24.02.1971 – 1 BvR 435/68, **E 30, 173** – Mephisto

BVerfG, Urt. v. 18.12.1968 – 1 BvR 638, 673/64, 200, 238, 249/65, **E 24, 367, 403**

BVerfG, Urt. v. 14.04.1964 – 2 BvR 69/62, **E 17, 319** – Schutzbereich Art. 9 III GG

BVerfG, Urt. v. 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, **E 4, 96** – Schutzbereich des Art. 9 III

- BAG**, Urt. v. 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, **NZA 2013, 448** – Streik in der Diakonie
- BAG**, Urt. v. 19.06.2012 – 1 AZR 775/10, **NZA 2012, 1372** – Streik gegen OT-Betriebe
- BAG**, Urt. v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, **E 132, 140** – Flashmob
- BAG**, Urt. v. 20.01.2009 – 1 AZR 515/08, **NJW 2009, 1990** – Gewerkschaftswerbung
- BAG**, Urt. v. 19.06.2007 – 1 AZR 396/06, **E 123, 134** – Unterstützungstreik
- BAG**, Urt. v. 28.02.2006 – 1 AZR 460/04, **E 117, 137** – Mitgliederwerbung im Betrieb
- BAG**, Urt. v. 16.11.2004 – 1 AZR 252/06, **E 112, 341** – Globalantrag
- BAG**, Urt. v. 18.02.2003 – 1 AZR 142/02, **E 105, 5** – Streik gg. Außenseiter-AG
- BAG**, Urt. v. 19.07.1995 – 7 ABR 60/94, **E 80, 296** – Veröffentlichung Betriebsratskosten
- BAG**, Urt. v. 11.07.1995 – 7 AZR 63/95, **E 80, 265** – Susp. Betriebsstillegung
- BAG**, Urt. v. 27.06.1995 – 7 AZR 10166/94, **E 80, 213** – Susp. Betriebsstillegung
- BAG**, Urt. v. 06.12.1994 – 1 ABR 30/94, **E 78, 379** – Mitbestimmung bei Versetzung
- BAG**, Urt. v. 23.05.1994 – 1 ABR 24/93, **E 76, 364** – Unterlassungsanspruch Betriebsrats
- BAG**, Urt. v. 22.03.1994 – 1 AZR 622/93, **E 76, 196** – Suspendierende Betriebsstillegung
- BAG**, Urt. v. 14.12.1993 – 1 ABR 550/93, **E 75, 186** – Suspendierende Betriebsstillegung
- BAG**, Urt. v. 11.05.1993 – 1 AZR 649/92, **E 73, 141** – Feiertagslohnzahlung und Streik
- BAG**, Urt. v. 21.06.1988 – 1 AZR 651/86, **E 58, 365** – Warnstreik, Schadensersatz
- BAG**, Urt. v. 10.06.1980 – 1 AZR 822/79, **E 33, 140** – Arbeitskampf, Tarifautonomie
- BAG**, Urt. v. 14.02.1978 – 1 AZR 76/76, **Der Betrieb 1978 S. 1403** – Wilder Streik
- BAG**, Urt. v. 21.04.1971 – GS 1/68, **E 23, 292** – Arbeitskampf, Verhältnismäßigkeit
- BAG**, Urt. v. 28.04.1966 – 2 AZR 176/65, **Der Betrieb 1966 S. 905** – Friedenspflicht
- BAG**, Urt. v. 25.01.1963 – 1 AZR 288/6, **E 14, 52** – Kündigungsschutz, Koalitionsfreiheit
- BAG**, Urt. v. 28.01.1955 – 1 AZR 165/54, **E 1, 291** – Schutzbereich Koalitionsfreiheit
- LArbG B.-B.**, Urt. v. 29.09.2008 – 5 Sa 967/08, **LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 82** – Flashmob
- ArbG Berlin**, Urt. v. 23.06.2008 – 2 Ga 9993/08, **Juris** – Telefonaktion
- BGH**, Urt. v. 21.08.2012 – X ZR 138/11, **BGHZ 194, 258** – Fluggastrecht
- BGH**, Urt. v. 02.04.2009 – IX ZB 182/08, **NJW 2009 S. 1968** – Rechtsweg
- BGH**, Urt. v. 21.04.1998 – IV ZR 196/97, **Z 138, 311** – Recht am Gewerbebetrieb
- BGH**, Urt. v. 24.11.1999 – I ZR 189/97, **NJW 2000 S. 1792** – Gesetzeswiederholung
- BGH**, Urt. v. 10.12.1998 – I ZR 141/96, **NJW 1999, S. 1332, 1334** – Unterlassungsantrag
- BGH**, Urt. v. 03.12.1998 – I ZR 74/96, **NJW 1999, S. 2193** – Unterlassungsantrag
- BGH**, Urt. v. 16.01.1992 – I ZR 84/90, **GRUR 1992, S. 318** – Unterlassungsantrag
- BGH**, Urt. v. 11.10.1990 – I ZR 35/89, **NJW 1991 S. 1114** – Unterlassungsantrag

BGH, Urt. v. 29.01.1985 – IV ZR 130/83, **VersR 1985, S. 453** – Mietboykott

BGH, Urt. v. 15.03.1984 – I ZR 74/82, **GRUR 1984, S. 593** – Wiederholungsvermutung

BGH, Urt. v. 31.01.1966 – III ZR 110/64, **Z 45, 150** – Gewerbebetrieb, Eigentumseingriff

BGH, Urt. v. 26.02.1960 – IV ZR 166/58, **GRUR 1960, S. 384** – Unterlassungsantrag

BGH, Urt. v. 28.01.1957 – III ZR 141/55, **Z 23, 157** – Eingriff Gewerbebetrieb

BGH, Urt. v. 22.04.1952 – I ZR 117/51, **Z 5, 189** – Vollstreckungsurteile, Rechtskraft

BGH, Urt. v. 26.10.1951 – I ZR 8/51, **Z 3, 270** – Recht am Gewerbebetrieb

RG, Urt. v. 28.10.1929 – VI 1/29, **Z 102, 223** – Betriebsschaden durch Konkurrenz

RG, Urt. v. 11.2.1926 – IV 402/25, **Z 113, 33** – Kein koll. Rechtsschutz für indiv. Recht

RG, Urt. v. 2.7.1925 – IV 154/25, **Z 111, 199** – Kollektives Freiheitsrecht

RG, Urt. v. 2.6.1921 – IV 112/21, **Z 102, 223** – Betriebsschaden durch Verordnung

RG, Urt. v. 17.2.1921 – IV 473/20, **Z 101, 355** – Geschäftsschädigende Äußerungen